3 1761 04044 1461

IVAR HANSSONS
BOKBINDERI
STOCKHOLM

EMILIO COSTA
PROFESSORE ORD. DI DIRITTO NELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

PROFILO STORICO
DEL
PROCESSO CIVILE ROMANO

ATHENAEUM
ROMA MCMXVIII

AUG 30 1983
UNIVERSITY OF TORONTO

PROPRIETÀ LETTERARIA

K
C8373
P7
1918

Stabilimenti Grafici M. Martini — PRATO (Toscana)

PREFAZIONE

Un libretto che delinei lo svolgimento storico del processo civile romano, sulla base delle fonti conosciute sin qui e col sussidio delle particolari elaborazioni critiche a cui queste furono sottoposte specialmente dagli studiosi recenti, ed offra in forma semplice e breve un'immagine dello stato presente delle nostre conoscenze intorno alle vicende degli istituti processuali romani, parmi che abbia a riuscire di utilità alla scuola ed alla pratica, e che risponda ad un bisogno sentito da entrambe.

Invero l'ampio e classico trattato del BETHMANN HOLLWEG (1), *per quanto pur sempre fondamentale e prezioso, non può non apparire in più luoghi antiquato; come concepito e scritto in un tempo nel quale i titoli delle Pandette e del Codice più direttamente attinenti a materie processuali non erano stati sottoposti peranco alla critica storica fiorita di poi, e nel quale non era ancora sopraggiunto il soccorso dei documenti papirologici a lumeggiare alcuni istituti svoltisi da germi provinciali, e penetrati da*

(1) *Der römische Civilprozess*, Bonn, 1864-6 (volumi I-III dell'opera *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtl. Entwicklung*).

questi entro la compagine del processo romano comune. Ugualmente antiquato per le stesse ragioni è il manuale del KELLER (1), *per quanto esso pure degnissimo tuttora di studio e mirabile per la scultoria esattezza con cui le linee dogmatiche degli istituti vi sono ritratte; e lo sono parimente i pregevoli trattati nostrani del* GUGINO (2) *e del* BUONAMICI (3).

Meglio improntate sulle condizioni recenti degli studi critici sono le magistrali Lezioni *dello* SCIALOJA (4); *ma il loro carattere prevalentemente dogmatico e l' assenza in esse di apparato bibliografico le rende insufficienti a soddisfare alle esigenze di chi voglia formarsi un concetto dello svolgimento storico dei singoli istituti processuali e dello stato della dottrina intorno a ciascuno; e brami le indicazioni occorrenti ad approfondire all'uopo su taluni di questi le proprie cognizioni. Ricchi di siffatte indicazioni sono invece per verità gli* Appunti didattici *relativi al processo del nostro rimpianto* BERTOLINI (5). *Senonchè la*

---

(1) *Der röm. Civilprocess und die Actionen in summar. Darst. zum Gebrauche bei Vorlesungen*, 1852. La 6.ª ediz. del 1883 reca aggiunte del WACH. Fu tradotto in francese, di sopra la 3.ª ediz., dal CAPMAS: *De la procedure civile et des actions chez les Romains*, Paris, 1870; ed in italiano, di sopra codesta medesima edizione, dal FILOMUSI-GUELFI: *Il processo civile romano e le azioni*, Napoli, 1872.

(2) *Trattato storico della procedura civile romana*, Palermo, 1873.

(3) *La storia della procedura civile romana*, vol. I, Pisa, 1886.

(4) *Esercizio e difesa dei diritti: Procedura civile romana, Lezioni*, Roma, 1894.

(5) *Appunti didattici di diritto romano*. Serie II: *Il processo civile*, Torino, 1913-5.

schematicità con la quale esse sono offerte attenua grandemente l' utilità che avrebbe potuto ricavarsi da notizie bibliografiche elaborate criticamente, e vivificate da chiarimenti e da cenni opportuni intorno all'assunto ed alle resultanze dei singoli lavori indicati.

Altri libri recenti e pure assai pregevoli, come la magnifica Histoire de l'organisation judiciaire des Romains *del* GIRARD (1), *ed il lucido trattato del* GREENIDGE The legal procedure of Cicero's time (2) *offrono bensì grande interesse per la storia del processo, l'uno a cagione dei molti e penetranti contributi che arreca allo studio di parecchi aspetti di questo nei primi sei secoli, l'altro per l'efficacia del magistero con cui vi sono tracciate le linee salienti del processo civile, in rapporto con quelle del processo criminale e cogli ordini fondamentali della costituzione politica di Roma. Ma hanno entrambi termini ed assunto circoscritti per materia e per tempo.*

Questo libretto si proporrebbe pertanto di colmare una lacuna : nei termini modesti di un manuale scolastico, condotto colla scorta di quanti elementi e sussidi le condizioni presenti degli studi possono offrire, e corredato delle indicazioni occorrenti a chi voglia approfondire la notizia d' istituti e rapporti in esso descritti succintamenle, e rendersi ragione adeguata delle discussioni sollevate e dei dubbi agitati dagli studiosi intorno ai molti punti oscuri, che, pel difetto o per l' incertezza delle fonti, si addensano tuttora su tanta parte della storia del processo civile romano.

Bologna, nel luglio del 1917.

---

(1) Paris, 1901.
(2) Oxford, 1901,

INTRODUZIONE

1. I due periodi storici del processo civile romano e le loro caratteristiche. *L'ordo iudiciorum privatorum* e l'intervento dello Stato *(in iure)* ad instaurare fra i contendenti un arbitrato *(in iudicio)* e ad assicurare l'osservanza della decisione arbitrale. *L'extraordinaria cognitio* e l' intervento dello Stato diretto all'attuazione della giustizia. 2. Differenti finalità del processo nei due periodi. 3. Corrispondenti trasformazioni nei precipui istituti processuali . . . . . pag. 1.

LIBRO I.

L'ordo iudiciorum privatorum.

Cap. I.

Il processo in iure.

1. L'atto introduttivo privato del processo: l'*in ius vocatio.* 2. La comparsa dell'attore e del convenuto nel cospetto del magistrato investito della *iurisdictio*, e la garanzia prestata dal convenuto di ricomparirvi: il *vadimonium*. 3. Prevalenza del *vadimonium*, nella sua funzione estragiudiziale. 4. Tempo e luogo della *iurisdictio*. 5. I magistrati investiti di *iurisdictio*. 6. L'attività delle parti nel periodo precedente alla *lex Aebutia*: le *legis actiones*. 7. La *legis actio sacramento (in rem* ed *in personam)*.

8. La *legis actio per condictionem*. 9. L'applicabilità di questa anche alle controversie *in rem* per mezzo dell'*agere per sponsionem*. 10. La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. 11. L'attività delle parti nel periodo successivo alla *lex Aebutia*, nel processo *per formulas*. 12. L'*editio actionis* e la difesa del convenuto. 13. L'attività del magistrato nel periodo precedente alla *lex Aebutia*. 14. *Denegatio actionis* e *datio actionis*. 15. Le cauzioni processuali. 16. La *litis contestatio*; il suo carattere contrattuale; il suo effetto novatorio. 17. La *formula* e le sue parti essenziali. 18. La *praescriptio pro reo* e l'*exceptio* in particolare. 19. Partizioni scolastiche delle *actiones* e delle *formulae* corrispondenti. *Actiones civiles* ed *honorariae*. 20. *Actiones utiles*, *ficticiae*, *in factum conceptae*. 21. *Actiones in rem* ed *in personam*. 22. Altre partizioni delle azioni in corrispondenza della natura dei diritti che tutelano: *actiones privatae* e *a. populares*. 23. *Actiones in personam incertae*, *actiones bonae fidei*. 24. *Actiones arbitrariae*. 25. Eventuale inizio del processo mediante altri atti diretti all' accertamento di presupposti della controversia. 26. *Interrogationes in iure*. 27. *Iusiurandum in iure*. 28. *Confessio in iure*. 29. I rimedi contro le provvisioni del magistrato nel processo *in iure*: l'*auxilium* tribunizio . . . . . pag. 7

Cap. II.

Il processo in iudicio.

1. La *litis contestatio* ed i termini da essa precostituiti al *iudicium* 2. L'*unus iudex* ed i collegi di *iudices (recuperatores, centumviri, decemviri)*. 3. Luogo e tempi prefissi all'esercizio del *iudicium*. 4. Lo svolgimento del *iudicium*: le prove. La libertà del sistema probatorio, e le sue ragioni nel carattere arbitrale del processo. 5. *Iusiurandum in litem*. 6. Il termine precostituito all'esaurimento del processo: *iudicia legitima* e *iudicia imperio continentia*. 7. L'eventualità che il giudice non si formi un convincimento. 8. L'esaurimento del *iudicium* e la *sententia*: *pronuntiatio* e *condemnatio*. L' informazione della *sententia* sui termini della pretesa concretati colla *litis contestatio*, e le conse-

guenze della *plus petitio*. 9. Gli effetti della *sententia : actio iudicati* ed *exceptio rei iudicatae*. 10. *Poenae temere litigantium :* l' *infitiatio iudicii*, la *sponsio* e *restipulatio tertiae* o *dimidiae partis*. 11. *Iusiurandum calumniae, iudicium calumniae, contrarium iudicium*. 12. *L' infamia* conseguente da certe condanne. 13. Rimedi contro la sentenza : *revocatio in duplum* e *restitutio in integrum* . . . . . pag. 65.

Cap. III.

Il processo esecutivo.

1. L' inadempienza della condanna e l'esecuzione. 2. La *legis actio per manus iniectionem* sulla persona del *iudicatus* e le sue caratteristiche. 3. *Manus iniectio pro iudicato*. 4. *Manus iniectio pura*. 3. L'*actio iudicati* nel periodo formulare. 6. L'esecuzione sul patrimonio del condannato inadempiente. Le singolari applicazioni della *legis actio per pignoris capionem* nell'antico processo. 7. L'esecuzione patrimoniale in sullo scorcio della repubblica e nell' impero classico : *missio in possessionem* e *bonorum venditio*. 8. *Cessio ex lege Iulia*. 9. *Bonorum distractio*. 10. *Pignus in causa iudicati captum*. . . . . pag. 87.

Cap. IV.

Il processo contumaciale.

4. La contumacia *in iure* del convenuto per debiti in genenerale. 2. L'abbandono della cosa rivendicata o del servo perseguito *noxaliter*. 3. La contumacia *in iudicio* e la sentenza *in eremodicio*. 4.La contumacia dell'attore . . . . . pag. 101

Cap. V.

Gli interdetti ed il processo interdittale.

1. Gli *interdicta*, il loro carattere di ordini amministrativi, la loro funzione. 2. Eventuale violazione del comando in essi

contenuto, ed il corrispondente processo circa l'esistenza delle condizioni presupposte da quello. 3. Partizioni degli *interdicta*. 4. Il caratteristico processo connesso all' *interdictum uti possidetis*. 5. La scomparsa degli *interdicta* ed il loro assorbimento nella sfera delle *actiones*, nel processo giustinianeo . pag. 105.

Cap. VI.

Stipulationes praetoriae, missiones in possessionem, in integrum restitutiones.

1. Provvisioni magistratuali emanate in forza dell'*imperium*. 2. Le *praetoriae stipulationes* e le loro suddistinzioni. 3. *Missiones in bona* e *m. in rem*. 4. La *restitutio in integrum* e l'editto relativo . . . . . pag. 115.

Cap. VII.

La rappresentanza e l'assistenza processuale.

1. Normale esclusione della rappresentanza nel più antico processo delle *legis actiones*. 2. Eccezioni a tale esclusione. 3. La rappresentanza del litigante impotente a presentarsi personalmente: il *cognitor*. 4. Estendimenti nelle applicazioni della rappresentanza per mezzo del *cognitor*. 5. Rappresentanza per mezzo del *procurator*. 6. Rappresentanza degli impuberi, delle citta, dei *collegia*. 7. L'assistenza processuale: *oratores* ed *advocati*. 8. I compensi agli *advocati* e le loro limitazioni. . . . pag. 121.

Cap. VIII.

La translatio iudicii.

1. Il carattere contrattuale della *litis contestatio* e la *translatio iudicii*. 2. I singoli casi di *translatio iudicii*. 3. La *mutatio iudicis* in particolare. . . . . pag. 133

LIBRO II.

L'extraordinaria cognitio.

Cap. I.

La genesi e le caratteristiche dell'extraordinaria cognitio.

1. La giurisdizione assunta *extra ordinem* durante l'impero classico da ufficiali imperiali e da magistrati sopra materie connesse alle loro funzioni amministrative. 2. Le singole applicazioni di questa. 3. Predominio assunto da questa in sullo scorcio del secolo III d. C. 4. Le finalità pubblicistiche della *cognitio extra ordinem*. 5. I singoli magistrati chiamati ad esercitarla ed il loro rango gerarchico. 6. L'assistenza dei *iudices pedanei*. 7. Nuove discipline ed osservanze nell'esercizio della giurisdizione *extra ordinem* . . . . . pag. 139.

Cap. II.

L'introduzione e lo svolgimento del processo di cognizione.

1. La *litis denuntiatio* e le sue caratteristiche, di fronte alla *in ius vocatio* ed al *vadimonium*. 2. Il *libellus conventionis*. 3. La determinazione nel *libellus* della pretesa dell'attore e l'inesistenza nel processo recente delle norme classiche circa la *plus petitio*. 4. Il *libellus contradictionis* del convenuto. 5. La *cautio iudicio sisti*. 6. La *litis contestatio* e le sue caratteristiche di fronte alla *contestatio* classica. 7. Il *iusiurandum de calumnia* dei contendenti e dei loro avvocati. 8. La difesa del convenuto e l'*exceptio* del nuovo processo. 9. Le prove ed il regime probatorio legale. 10. Le prove testimoniali. 11. Le prove scritte. 12. Perizie e giuramento. 13. *Praesumptiones*. 14. L'informazione del giusdicente sopra le norme di diritto applicabili alla fattispecie. 15. La sentenza ed i suoi requisiti. 16. Eventuale rinvio

del processo alla *consultatio* imperiale. 17. Le spese processuali e la loro imposizione al litigante soccombente. 18. L'appello contro la sentenza proferita, e le discipline relative ad esso. 19. L' indipendenza del giudizio d'appello rispetto al giudizio appellato. 20. Sanzioni contro la temerarietà degli appelli. 21. Sentenze appellabili e sentenze nulle. 22. La perenzione del processo e la prescrizione delle azioni . . . . . pag. 151.

CAP. III.

Il processo contumaciale.

1. I presupposti della contumacia. 2. Contumacia del convenuto che abbia avuto conoscenza della *denuntiatio* o del *libellus*, 3. Contumacia del convenuto *absens non defensus:* l'esame compiuto d'ufficio dal magistrato delle ragioni militanti a suo favore. 4. *Missio in possessionem* dell'attore, che dimostri il buon fondamento della sua pretesa. 5. Contumacia del convenuto nel corso del processo. 6. Contumacia dell' attore; e l' esame delle sue ragioni compiuto ugualmente d' ufficio dal magistrato . . . . . pag. 187.

CAP. IV.

I processi sommari, il processo per rescriptum, il compromesso.

1. Deroghe alle discipline del processo ordinario. 2. Processi esenti da ogni osservanza di scrittura nell'atto introduttivo e nella sentenza. 3. Processi esenti dall'osservanza della *litis contestatio.* 4. Processi nei quali ha luogo il *summatim cognoscere* ed il carattere provvisorio delle decisioni alle quali metton capo. 5. Le caratteristiche del processo *per rescriptum.* 6. Il compromesso ed il suo svolgimento . . . . . pag. 193.

CAP. V.

Il processo esecutivo.

1. L'*actio iudicati* contro il convenuto o il *confessus* inadempiente. 2. Carattere essenzialmente patrimoniale del processo ese-

cutivo recente. 3. L'esecuzione su cose singole. 4. L'esecuzione sull'intiero patrimonio del condannato. 5. L'esecuzione sul patrimonio del debitore defunto e il *pactum ut minus solvatur* . . . . . pag. 203.

CAP. VI.

La difesa privata.

1. Le sanzioni comminate all'esercizio della ragion privata. 2. Le sanzioni ricollegabili alla *lex Iulia de vi*. 3. Il *decretum divi Marci*. 4. Ulteriori svolgimenti di questo. 5. Sanzioni comminate ad atti di coazione sopra i figli del debitore. 6. Divieti di rappresaglie. 7. I termini della difesa privata nel diritto classico e nel giustinianeo . . . . . pag. 209.

INDICE ALFABETICO . . . . . pag. 215

Periodici più frequentemente citati

Archiv. für die Papyrusforschung, Leipzig, 1901 e segg. — *Arch. f. Papyrusf.*

Arch. giuridico, Bologna, 1867 e segg.; Modena, 1898 e segg. — *Arch. giurid.*

Bullettino dell'istituto di diritto romano, Roma, 1888 e segg. — *B. d. i. d. d. r.*

Nouvelle revue historique du droit français et étrang., Paris, 1877 e segg. — *N. r. h. du dr. fr. et étr.*

Rivista italiana per le scienze giuridiche, Roma, 1886 e segg. — *Riv. it.*

Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Weimar, 1880 e segg. *Z. d. S. S.* *

---

* Salvo indicazione contraria, l'*Abtheilung* citata è sempre la *Romanistische.*

INTRODUZIONE

1. La storia del processo civile romano si può ripartire fondamentalmente in due periodi: un primo che va dalle origini fino al secolo III di Cristo, ed un secondo che segue fino alle compilazioni giustinianee.

Durante il primo periodo il processo s'incardina sulla separazione di due stadi: *in iure* ed *in iudicio*. Il primo dei quali si svolge davanti al magistrato, nel cui cospetto le parti si presentano ad esporre le rispettive pretese, e mette capo ad un arbitrato, che il magistrato stesso istituisce coll'ufficio di determinare se esistano o meno i presupposti di queste. Il secondo si svolge davanti ad un arbitro o giudice privato, eletto dal magistrato, normalmente in base alla designazione concorde dei litiganti, o eccezionalmente tratto a sorte, e si chiude colla sentenza che questo pronunzia sui termini della questione a lui sottoposta (1).

(1) La tradizione annalistica raccolta da Dion. Alic. 4, 25, attribuisce agli ordini serviani la separazione della giurisdizione civile da quella criminale e la remissione delle controversie private al giudizio di arbitri o giudici privati. Ma il carattere e la funzione di codesta remissione e la differenza risalente tra le finalità del processo civile e quelle del criminale, sfuggono allo storico greco; il quale si limita ad avvertire che giusta le statuizioni di Servio i giudici privati dovevano esercitare il loro ufficio, secondo leggi che il Re medesimo aveva loro prefisso.

Durante il secondo periodo il processo si svolge tutto intiero nel cospetto del magistrato, davanti al quale le parti sono comparse ad esporre i termini del loro piato; ed è però il magistrato stesso o dei suoi delegati o rappresentanti che pronunziano la sentenza.

Il complesso delle forme, colle quali ha luogo lo svolgimento del processo *in iure* ed *in iudicio* durante il primo periodo, si suol designare usualmente col nome di *ordo iudiciorum privatorum;* mentre il complesso delle forme, colle quali si svolge il processo accentrato per intiero davanti al magistrato nel secondo periodo, si designa col nome di *extraordinaria cognitio:* nome desunto dal momento in cui siffatto processo si era venuto introducendo via via per singole controversie come eccezionale, di fronte all'altro tuttora dominante; e serbato anche quando esso aveva finito a sua volta per prevalere.

2. La separazione del processo in due stadi durante il primo periodo, e la sua concentrazione in un unico stadio durante il secondo, corrispondono al carattere ed alle finalità diverse che ha in essi l'intervento del magistrato, in rappresentanza dello Stato, nell'esercizio della giurisdizione civile. Corrispondono rispettivamente alle finalità essenzialmente privatistiche, che dominano in quel primo periodo il processo inteso a tutelare a ciascuno dei consociati i proprii diritti, impedendo nell'interesse pubblico, coll'isti-

---

L'opinione di alcuni moderni scrittori (cfr. p. e. ZUMPT, *Der Criminalprocess der Röm. Republ.*, Leipzig, 1871, p. 15) che ravvisa nel giudice un delegatario del magistrato nell'esercizio della sua funzione statale, retrotrae al periodo arcaico un concetto corrispondente al momento recente, e che dominò il processo venutosi in questo svolgendo.

tuzione dell'arbitrato, e colle guarentigie procacciate al suo svolgimento ed alla sua esecuzione, che i consociati stessi scendano a violente turbative della pace; ed alle finalità prevalentemente pubblicistiche che dominano invece il processo recente, durante il quale esso intende ad attuare fra i consociati la giustizia.

3. Codesta differenza di finalità, dominanti nei due periodi testè suddistinti il processo in generale, si ripercuote sopra i suoi momenti più caratteristici, imprimendo trasformazioni profonde ad istituti, che trapassano dall'uno all'altro serbando immutato soltanto il nome, come la *litis contestatio;* e determinando regole e discipline diverse nel comportamento reciproco delle parti, ed in quello di esse verso il magistrato e verso il giudice, e nelle facoltà del giudice stesso, specialmente in rapporto alla valutazione degli strumenti sulla base dei quali egli forma il suo convincimento.

LIBRO I

L' ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM

Cap. I.

Il processo in iure.

1. Chi, ritenendo di aver patito da altri un'ingiusta lesione di un proprio diritto, intenda ottenere giudizialmente dall'autore di questa, o da chi sia tenuto a rispondere per l'autore, la soddisfazione stabilita dai *mores* o dalle leggi (1),

(1) Che la capacità di partecipare ad un giudizio, come quella di possedere e di contrattare, spettasse in origine esclusivamente ai cittadini, non può formare oggetto di controversia. È invece grandemente dibattuto se la sopraggiunta concessione del *commercium* ai Latini importasse la partecipazione di questi agli stessi strumenti processuali che servivano pei cittadini; ed è del pari materia di molti dubbi il modo con cui erano ammessi giudizialmente a far valere i diritti loro riconosciuti gli altri stranieri differenti dai Latini, che ad un certo momento ottennero pure in data misura la partecipazione al *commercium* con Roma.

La capacità di partecipare al giudizio spettava in origine unicamente al *paterfamilias*. I soggetti ad altrui potestà, fossero essi servi, figlifamiglia, donne, o impuberi sottoposti ad un potere improntato sulla *manus*, erano dapprincipio incapaci di stare in giudizio, come di obbligarsi o di possedere. Ma poi, col rilassarsi della *familia*, e coll'affermarsi della personalità dei sottoposti alla potestà del capo, si venne riconoscendo ad essi in certa misura siffatta capacità.

Così ai figlifamilia fu riconosciuta la capacità di obbligarsi, ed anche corrispondentemente di essere chiamati in giudizio per le obbligazioni contratte, benchè rimanga incerto se l'*a. iudicati* corrispondente ad una sentenza di condanna conseguita contro di

intima oralmente a questo di presentarsi con lui nel cospetto del magistrato investito della *iurisdictio*. Tale intimazione *(in ius vocatio)* la quale può avvenire dovunque

essi fosse eseguibile nel tempo in cui rimanevano soggetti alla potestà paterna (cfr. sulla questione MADRY, *Das gem. Familienguterrecht*, Tubingen, 1871-6, I, p. 340 segg.; SOLAZZI, *Sulla capacità del filiusfam. a stare in giudizio, B. d. i. d. d. r.* XI, 1898, p. 113 e segg.; e sul luogo ciceroniano delle *Phil.* 2, 18, 45-6, cfr. il mio *Cicerone giureconsulto*, I, p. 42). Fu riconosciuta ai figlifamilia in misura circoscritta la capacità di agire per offese patite nella loro persona (coll'*actio iniuriarum:* GAIO, *D.* 2, 14, 30 p.; PAOLO *D.*, 44, 7, 9; coll'*a. in factum*, contro il liberto che li abbia chiamati in giudizio: ULP. 2, 4, 12; coll'*interdictum quod vi aut clam:* SAB., *D.* 43, 24, 19; colla *querela inofficiosi testamenti;* ULP., *D.* 5, 2, 8, p.; TRYPH. *D.* 5, 2, 22 p.); ed anche di agire con delle *actiones in factum* a tutela di certi diritti prettamente patrimoniali, nei casi in cui l'assenza del padre renda impossibile a questo di intervenire a difenderli (come in ispecie pel deposito e commodato: PAOLO, *D.* 44, 7, 9 cit.). Il figliofamilia è ammesso ad agire nel corso dell'impero anche contro il padre stesso, per l'adempimento di certi obblighi di protezione ed assistenza, che vennero assumendo allora giuridica ricognizione e sanzione, come in particolare per le prestazioni degli alimenti (ULP., *D.* 25, 3, 5, 13-4; 27, 3, 1, 4).

Le donne e gli impuberi erano soggetti in antico, rispetto all'*adgnatus proximus*, ad una condizione analoga a quella dei figli rispetto al padre: anche per quanto spetta la loro capacità processuale. Ma se per gli impuberi restò di regola ch'essi dovessero essere rappresentati in giudizio dal *tutor* (come i fisicamente incapaci per vizio di mente dovevano esserlo dal *curator*) o se *infantia maiores* dovessero esservi assistiti colla prestazione dell'*auctoritas*, per le donne che avessero raggiunto le pubertà l'*auctoritas* del tutore seguitò ad essere richiesta solamente per la loro partecipazione a processi che si svolgessero eccezionalmente sulla base del *lege agere* e che mettessero capo ad un *iudicium legitimum* (cfr. più oltre il cap. 2 §. 2); mentre essa non fu necessaria

l'attore incontri il convenuto, non richiede solennità di certe parole (1), nè l'enunciazione dell'oggetto della pretesa che si vuole far valere giudizialmente (2). Se il convenuto, al quale l'intimazione è rivolta, ricusa di seguire l'attore nel cospetto del magistrato, o di prestare altrimenti un *vindex* che risponda per lui (3), l'attore stesso, fatto constare

---

pei *iudicia imperio continentia* (Ulp. 11, 27). I puberi minori di 25 anni godono nel diritto classico di una piena capacità processuale: ma ad un certo momento tale capacità fu limitata, in quanto si volle che i minori di 18 anni fossero assistiti da un avvocato, essendo essi incapaci fino a quell'età di *postulare:* che consiste appunto nel *desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest exponere, vel alterius desiderio contradicere.* (Ulp., *D.* 3, 1, 1, 2-3). Cfr. Solazzi, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1913, p. 234 e segg.

L'incapacità di partecipare al giudizio rimane stabilita come di regola pei servi. Tuttavia coll'impero essi sono ammessi, se non veramente ad esperire delle azioni a tutela di loro diritti, a presentare al magistrato delle *querelae*, contro i padroni dai quali siano assoggettati a crudeli sevizie (Ulp. *D.* 1, 6, 2; 1, 12, 1, 8; *Coll.* 3, 3, 3-5), o per invocare la esecuzione di disposizioni fedecommissarie colle quali sia ordinata la loro manomissione (Hermog. *D.*, 5, 1, 53; *D.*, 40, 5: *de fideicommissariis libertatibus*).

(1) Plaut. *Asin.* 2, 4, 74: ‘in ius voco te,; *Persa*, 4, 9, 8; ‘age ambula in ius, leno,. *D.* quid me in ius vocas? *S.* Illi apud praetorem dicam; sed ego in ius voco’; *Poen.* 5, 4, 55: ‘in ius vos voco,; 5, 6, 5: ‘Leno, eamus in ius,; *Rud.* 3, 6, 22: ‘age, ambula in ius,; *Truc.* 4, 3, 66; ‘eamus, te, in ius,; *Curc.* 5, 2, 23, ‘ambula in ius,.

(2) Plaut., *Persa*, 4, 9, 8 cit.

(3) Cic., *Top.* 2, 10 (*de re publ.* 2, 22, 40); Gaio, 4, 46; *Lex Rubria de Gall. Cisalp.*, c. 21, l. 20 e segg.

Festo, i. h. v.: ‘*vindex ab eo qui vindicat quo minus is qui prensus est ab aliquo teneatur*,. Sulla base essenzialmente di codesto luogo, che sembra rispecchiare il concetto risalente del-

codesto suo comportamento da testimoni invocati all'uopo *(antestatio)* (1), può trascinarlo davanti al magistrato a viva forza (2).

Se invece il convenuto si trova impotente ad ottem-

---

l'istituto, il *vindex* si concepisce come un *defensor personae*, che si sostituisce verso l'attore al *vocatus in ius*, così come si sostituisce verso il creditore al debitore convenuto colla *legis actio per manus iniectionem ;* cfr. LENEL, *Der vindex bei der in ius vocatio, Z. d. S. S.* XXV, 1904, p. 232 e segg.; *Das Edictum perpetuum*, 2 Aufl. p. 65-8. Altri ravvisa nel *vindex* un garante: SCHLOSSMANN, *Der vindex bei der in ius vocatio*, nella *Z. d. S. S.* XXIV, 1903, p. 279 e segg.; *Die Gestellungsburgsch. im röm. Formularprozess, Zeitschr. des Priv. und öff. Recht der Gegenw.* XXXII, 1905, p. 193 e segg.; altri un rappresentante processuale: GAUTCKLER, *Etude sur le vindex, N. r. h. du dr. fr. et étr.* XII, 1889, p. 601 e segg.; NABER, *De vindicibus et defensoribus, Mnemosine, N. S.* XXI, 1893, p. 371 e segg. Corrispondenze fra il *vindex* ed istituti risalenti all'antico diritto germanico ed all'antico diritto ellenico sono notate rispettivamente dall'AMIRA, *Nordgerman. Obligationenr.* II, p. 183, e dal PARTSCH, *Griech. Burgschaftsrecht*, I, Leipzig, 1909, p. 127.

(1) PLAUT., *Curc.*, 5, 2, 23: 'Ambula in ius.... Licet antestari ?'; *Persa*, 4, 9, 9-10 : ' *S.* sed ego in ius voco. *D.* non ne antestaris ?'; *Poen.* 5, 4, 59: ' *H.* Ite in ius, ne moramini *A.* Antestare me atque duce ,; PORPH., *Ad Horat. Sat.* 1, 9, 74.

(2) LUCIL., *Sat.* ap. NON. 4 : ' Si non it capito, inquit eum; et si calvitur endo ferto manum '.

L'atto del terzo che impedisca all'attore di trascinare coattivamente in giudizio il convenuto, il quale si ricusi di seguirlo o di prestare dei garanti, e lo impedisca per mezzo di uomini raccolti a tale scopo sedizioso *(cum coetum aliquis et concursum fecisse dicitur)* costituisce un *crimen vis* (PAOLO, *D.* 48, 7, 4, p.): in forza di una delle *leges Iuliae de vi* di Augusto. Cfr. per codesta specie di *vis*, ne' suoi rapporti con altre lesioni alla libertà personale, l'accuratissimo studio del COROÏ, *La violence en droit rom.*, Paris, 1915, p. 199-201.

perarvi, per cagione d'infermità o di debolezza fisica, l'attore è tenuto a procacciargli i mezzi di trasporto occorrenti (1).

2. Nel cospetto del magistrato l'attore enuncia al convenuto presente la contenenza della sua pretesa (2). E in seguito a ciò, normalmente, se il convenuto non riconosce senz'altro la fondatezza di questa e intende invece contestarla e si fa luogo alla *lis (litem contrahere)* (3), lo svol-

(1) Gell. 20, 1, 25; ' Verba sunt haec de lege si in ius vocat : ' *Si morbus aevitasve vitium escit, qui in ius vocabit iumentum dato ; si nolet, arceram ne sternito* ,.

(2) Che il caso di un unico attore e di un unico convenuto sia in ogni tempo più frequente del caso in cui al processo partecipino più attori o più convenuti, si comprende agevolmente. Non mi sembra tuttavia supponibile, come inclina a ritenere il Redenti, *Pluralità di parti nel processo civile*, *Arch. giur.* LXXIX, 1907 (p. 100-1 dell'estr.) che il processo con pluralità di parti sia estraneo al periodo delle *legis actiones*. Mentre non saprei vedere ragioni a conforto di tale estraneità, mi par decisivo il fatto che nella definizione data da Festo della *litis contestatio*, definizione che il R. stesso opportunamente ricorda, e che certo ritrae un concetto risalente, si parla di *duo vel plures adversarii*. Che il caso di *duo vel plures adversarii* si riferisca unicamente alla *l. a. per iudicis arbitrive postulationem* con cui si provocavano i giudizi divisori, e non già a qualunque processo provocato colle *legis actiones* in genere, mi sembra improbabile.

(3) Varr., *De l. lat.* 7, 5 : 'quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis ; ideo in actionibus videmus dici : quam rem sive mi litem dicere oportet '. Pel contrapposto fra *lis* e *iurgium* v. Cic. *de re publ.* 4, 8: ' benivolorum concertatio non lis inimicorum, iurgium dicitur '.

La designazione più antica data a coloro che partecipano ad una *lis*, sia attivamente che passivamente, è quella di *reus* : Festo, v. *reus* : ' Reus nunc dicitur qui causam dicit..... at Gallus Aelius libro II significationum verborum quae ad ius per-

gimento del processo è rinviato ad altro giorno, per dar tempo a costui di procacciarsi gli elementi necessarî alla sua difesa. Il convenuto stesso deve garantire per altro all'attore di ricomparire davanti al magistrato nel nuovo termine prefisso, prestando il *vadimonium* (1).

La prestazione del *vadimonium* aveva luogo nell'età primitiva per mezzo di terzi *(vades)* i quali s'impegnavano in origine personalmente come ostaggi verso l'attore, fino a tanto che il convenuto fosse comparso (2); e più tardi s'obbligavano a prestare una certa somma pel caso in cui questi avesse mancato di comparire.

Nell'ultimo secolo della repubblica la prestazione del *vadimonium* cessò di aver luogo per mezzo di *vades* (3)

---

tinent ait: ' Reus est qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit sive cum eo actum est,; v. *contestari :* ' Contestari est, cum uterque reus dicit : ' testes estote ,; Cic. *de orat.* 2, 43, 183 : ' reos appello non eos modo qui arguuntur sed omnes quorum de re disceptatur ; 2, 79, 321 : ' reos appello quorum res est '.

Posteriori sono le designazioni di *petitor* o di *actor* per l'attore; e di *possessor*, o di *is cum quo agitur* pel convenuto.

(1) Plaut. *Aulul.* 2, 4, 38-40: ' Homo ad praetorem plorabundus devenit. Infit ibi postulare plorans, eiulans, ut sibi liceret milvom vadarier ' ; *Persa*, 2, 4, 18 : ' *S.* Vadatur hic me. *P.* Utinam vades desint in carcere ut sis ,.

I luoghi degli scrittori successivi attinenti il *vadimonium* sono raccolti nella monografia del Voigt, *Ueber das vadimonium, Abh. der phil. hist. Klasse der Sachs. Gesell. d. Wiss.* VIII, 1881.

(2) Cfr. Fliniaux, *Le vadimonium*, Paris, 1908, e v. *vadimonium*, nel Daremberg et Saglio, *Dictionn.* ad h. v. Il carattere di ostaggi è disconosciuto nei *vades* dal Debray, *Le vadimonium sous les actions de la loi, N. r. h. du dr. fr. et étr.* XXXIV, 1910, p. 521 ; il quale ritiene che vi repugni il carattere relativamente recente ch'egli attribuisce al *vadimonium.*

(3) Gell. 16, 10, 8 : ' vades et subvades.... omnisque illa duo-

ed avvenne invece con una promessa formale, prestata dallo stesso convenuto per ordine del magistrato (1). Tale promessa doveva tuttavia essere rafforzata di solito, o coll'intervento di garanti *(satisdatione)* o con un giuramento accessorio dello stesso convenuto che la prestava *(iureiurando)* o con la costituzione contestuale di giudici che avessero a condannare il convenuto in una certa somma, qualora mancasse di ricomparire *(recuperatoribus suppositis)* (2).

La promessa del convenuto stava da sè, sprovveduta di tali rafforzamenti *(vadimonium purum)* forse soltanto quando egli fosse proprietario d'immobili, e, come tale, affidasse abbastanza di poter corrispondere la somma pattuita, nel caso di mancata comparsa.

3. L'*in ius vocatio,* che costituisce la forma generale d'introduzione del giudizio, certamente dietro *i mores* ri-

---

decim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita est „.

(1) Gaio, 4, 184: ' Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti „.

(2) Gaio, 4, 185.

L'ammontare della somma promessa a titolo di *vadimonium* uguagliava in certi casi (quello del convenuto coll'*actio iudicati* e del debitore principale convenuto coll'*actio depensi* dal garante che avesse pagato per lui) l'ammontare della somma controversa. É stato supposto che si riferisse ad uno di tali casi il *vadimonium* a cui si allude nel noto luogo di Orazio, *Sat.* 1, 9, 36-7: ' *casu tunc respondere vadato Debebat; quod ni fecisset perdere litem* „. Altri ha proposto di riferire *perdere litem*, anzichè alla causa pendente fra Bolano ed un suo avversario, al processo esperito in seguito al *vadimonium desertum;* cf. Herzen, *Horace et le vadim. desertum, N. r. h. de dr. fr. et étr.*, 1911, p. 145 e segg.

salenti, persiste tuttora nell'impero classico, perfezionata per opera del pretore, mediante l'introduzione a favore dell'attore di un'*actio in factum*, contro colui *qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit* (1).

Il giudizio poteva per altro essere iniziato anche colla promessa estragiudiziale del *vadimonium*, senza che a questa precedesse veruna *in ius vocatio*. Ciò aveva luogo allorchè il convenuto, edotto dall'attore del fondamento della sua pretesa e risoluto a contrastarvi, s'impegnava per mezzo di esso *vadimonium* a comparire nel cospetto del magistrato una prima volta; e doveva seguire nel fatto con tanta frequenza, che nel linguaggio di Cicerone la promessa del *vadimonium* è prospettata come l'atto caratteristico con cui comincia il litigio, e col quale si opera il trapasso a questo di rapporti precedentemente dibattuti per via di amichevoli trattative (2).

4. Nel giorno prefisso (che doveva essere tra quelli indicati nel calendario come *fasti*, ossia idonei dall'aspetto

---

(1) Gaio, 4, 45. Cfr. Naber, *De actione in vadim.*, *Mnemosine*, *N. S.* XVII, 1889, p. 120.

(2) Cfr. già Cic., *pro Quinct.* 19, 1: 'Debere tibi dicis Quinctium, procurator negat; vadari vis, promittit; in ius vocas, sequitur, iudicium postulas, non recusat'. Corrispondono a tal valore assunto dal *vadimonium* le espressioni *vadimonium constituere* (*de sen.* 7, 21); *vadimonium facere* (*pro Quinct.* 18, 57); *vadimonium esse alicui cum aliquo* (*pro Quinct.* 18, 56) *res in vadimonio esse* (*pro Quinct.* 5, 22), a significare l'impostazione della lite. Per più ampi ragguagli cfr. il mio studio sopra *Cicerone giureconsulto*, III *(Il processo civile)* 1917, p. 20-1.

Intorno al *vadimonium* e le garanzie processuali in genere nel processo formulare dominante nei primi secoli dell'impero, cfr. Schlossmann, *Die Gestellungsburgschaft in röm. Formularpro-*

religioso all' amministrazione della giustizia (1), oppure tra i *dies comitiales* prestabiliti per le adunanze dei comizi, ma non adoprati effettivamente a tale scopo) le parti ricomparivano personalmente al cospetto del magistrato, nella sede destinata nel Foro all'esercizio della *iurisdictio*. Ed il processo si svolgeva in questa colla pubblica assistenza e col pubblico controllo.

5. La *iurisdictio* compete nell'età primitiva al Re, ed in seguito ai Consoli; poi, dopo il secolo IV di R., ad un terzo magistrato consolare istituito con la funzione specifica della *iurisdictio (praetor urbanus)* che ha competenza prima sul territorio dell'*Urbs*, poi su quello d'Italia (2); nel quale per altro egli esercita la *iurisdictio* per mezzo di appositi suoi rappresentanti *(praefecti iuri dicundo)* residenti in alcune delle più ragguardevoli città *(praefecturae)* (3), mentre per le minori controversie nelle singole

---

zess, Zeitschr. f. das Priv. und öffentl. Recht d. Gengenw. XXXII, 1905, p. 193 cit., WENGER, *Rechtshistor. Papyrusstudien*, Graz, 1902, p. 1 e segg.

(1) Cfr. MOMMSEN, *Corpus Inscr. lat.* I, 2 ed. p. 289 e segg.

(2) Fondamentale, per la storia dell'ordinamento giudiziario dei primi sei secoli, è l'opera del GIRARD, *Histoire de l'organis. judic. des Romains*, Paris, 1901.

Sopra l'ordinamento giudiziario romano in generale v. HARTMANN, *Ueber die röm. Gerichtsverfassung erg. und herausg.* v. A. UBBELOHDE, Gottingen, 1886. Intorno all'ordinamento giudiziario delle singole città municipali, ed alla persistenza in queste d' istituti risalenti all'epoca che precede l' assorbimento di esse nell'orbita dello Stato romano, cfr. specialmente WLASSAK, *Röm. Processgesetze*, Leipzig, 1888-91, II, p. 233 e segg.

(3) FESTO, p. 223: 'praefecturae eae appellabantur in Italia, in quibus et ius dicebatur et nundinae agebantur, et erat quaedam

città la *iurisdictio* è rimessa ai magistrati locali (*duoviri iuri dicundo*). Per le controversie tra stranieri ammessi in Roma alla partecipazione del *commercium,* e fra stranieri e cittadini, la *iurisdictio* compete, dopo il 512 d. R., ad un apposito *praetor peregrinus.*

Nei paesi conquistati fuori d'Italia *(provinciae)* la *iurisdictio* compete ai rispettivi propretori o proconsoli; i quali la esercitano, a lor volta, personalmente, o più spesso per mezzo di rappresentanti *(legati);* che tengono all'uopo, periodicamente, nelle principali città di ciascuna provincia delle apposite assise *(conventus)* (1). Esistono tuttavia

---

earum res publica, neque tamen magistratus suos habebant, in quas legibus praefecti mittebantur quotannis qui ius dicerent '.

I *praefecti* erano tutti dapprima prescelti liberamente dal pretore : solo dopo il 436 d. R., i *praefecti* destinati alle più cospicue città della Campania furono eletti nei comizi su proposta del pretore (Livio, 9, 20). Furono codesti i *quattuorviri praefecti iuri dicundo Capuae Cumis,* che appaiono nel *cursus honorum* fra i magistrati del *vigintisexviratus* (Festo, l. cit.).

(1) Cfr. sui *conventus:* Schulten, *De conventibus civium roman.*, Gottingae, 1892; Kornemann, *Conventus,* nel Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, IV, I, c. 1173-1200; Girard, *Les assises de Ciceron en Cilicie,* in *Mélanges Boissier,* 1903, p. 217 e segg.; Wilcken, *Der aegypt. Konvent, Arch. f. Papyrusf.* IV, 1908, p. 366 e segg.; Mitteis, *Hermes,* XXX, p. 572-1, XXXIII, p. 644-49.

Se pei *conventus* fosse prefisso un certo tempo e se fosse assegnato ad essi un minimo, è controverso. Il Girard, *op. cit.* l. c. risolve la questione negativamente, a ragione, secondo che a noi pare, sulla base delle notizie pervenuteci intorno alla giurisdizione esercitata da Cicerone in Cilicia. L'atto introduttivo del processo nelle provincie greche era la *dicarum scriptio,* e cioè un' istanza rivolta dall'attore alle autorità locali; a cui corrispondeva la *dicarum sortitio,* che, a differenza della *scriptio*

nelle provincie talune città, alle quali è concesso il privilegio di *suis legibus uti;* e nelle quali pertanto, almeno entro certi termini, la *iurisdictio* seguita a competere a magistrati locali e si svolge con forme e discipline particolari, talora assai differenti da quelle che reggono il processo romano in generale.

6. Nel cospetto del magistrato investito della *iurisdictio* le parti dovevano procedere necessariamente, almeno fino a tutto il secolo VI d. R., all'affermazione delle rispettive pretese con certe formalità di atti e di parole, prestabilite in gran parte dai *mores,* e in minor parte dalle leggi: formalità che si comprendevano colla designazione di *legis actiones* (1). L'osservanza di esse costituiva un essenziale elemento, a che il magistrato potesse tener conto delle pretese enunciate nel suo cospetto ed instaurare per la ricerca dei presupposti di queste l'arbitrato, e rinviare i contendenti ad un *iudex* incaricato di proferire in proposito la sua sentenza (2).

---

aveva luogo nel *conventus* davanti allo stesso magistrato giusdicente; e stabiliva l'ordine di trattazione dei singoli affari.

(1) Gaio, 4, 11: 'Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur) vel ideo, quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges observabantur'.

(2) Gaio, 4, 11 cit.: 'unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare, eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur'.

7. La precipua e generale fra codeste *legis actiones,* che serviva così per le controversie riguardanti il dominio di una cosa o la spettanza di diritti frazionari del dominio, come per quelle riguardanti diritti di credito, è la così detta *legis actio sacramento (in rem* ed *in personam)* ; per mezzo della quale i contendenti, dopo la solenne affermazione delle rispettive e contrarie pretese, rafforzata in origine con un giuramento, si sfidavano a depositare presso una divinità (e più tardi a promettere con mallevadori o *praedes*) una somma fissa di 500 o di 50 assi, a seconda che il valore della controversia superasse o meno i 1000 assi.

Cotesta somma era perduta, a favore della divinità, da quello dei contendenti la cui pretesa risultasse di fronte all'altro infondata (1); ed aveva carattere di ammenda imposta a chi aveva vantato (in origine con un giuramento) una pretesa ingiusta (*sacramentum iniustum*) (2): di un'am-

(1) Gaio, 4, 13: 'Sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. Eaque actio proinde periculosa erat falsi, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem qua periclitatur actor, si non debitum petat; nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversario qui vicerit'.

(2) Sopra il carattere primitivo della *legis actio sacramento* e le sue connessioni con quello delle azioni penali e sopra il carattere di ammenda del *sacramentum*, cfr. in particolare Karlowa, *Der röm. Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872; Jobbé Duval, *Études sur l' histoire de la procedure civile chez les Rom.*, Paris, 1896, I, p. 307; il quale respinge giustamente l'opinione del Bechmann, *Studie im Gebiete der*

menda che rappresenta forse, a sua volta, il sostitutivo della sacertà, comminata in un'età primitiva al litigante che avesse falsamente giurato (1).

La *legis actio sacramento,* specialmente nel suo atteggiamento *in rem,* rispecchia tuttora un momento arcaico e caratteristico dell'intervento dello Stato nella disciplina delle private contese. Quando infatti la controversia riguarda il dominio di cose mobili, entrambi i contendenti addiven-

---

l. a. s. in rem, 1889, p. 24, che ravvisa nella detta l. a. un processo esperito contro la stessa cosa controversa.

Lo stesso carattere delle formalità costituenti la *legis actio,* la loro intima aderenza agli istituti fondamentali politici e religiosi, rende assai verisimile l'opinione di coloro, i quali ritengono che queste fossero in origine e rimanessero di regola inaccessibili agli stranieri (cfr. in tal senso PADELLETTI, *Storia,* cap. 26, p. 3; WLASSAK, *Processg.* II, p. 183 e segg.; *Der Ausschluss der Latiner von der Legisactio, Z. d. S. S.* XXVIII, 1907, p. 114 e segg.; contrariamente al GIRARD, *Organ. judic.* I, p. 215 e segg.). Singolarmente per la *l. a. sacramento* è di capitale importanza osservare come il giuramento, che ne costituisce la base, non potesse essere prestato che da coloro i quali partecipavano al culto del Nume, nel cui nome avveniva. Che la *lex Calpurnia repetundarum* ammettesse eccezionalmente ad agire col *sacramentum* i peregrini stessi che avessero patita la concussione, non è accertato, rimanendo possibile riferire l'accenno relativo, della l. 23 della legge *Acilia*, anzichè ai peregrini, ai cittadini loro patroni. Cfr. KLENZE, *Fragm. leg. Serviliae*, 1823, p. 13. Non si può invocare peraltro come decisivo argomento a conforto di codesta opinione il luogo di CICERONE, *pro Caec.* 33, 97, nel quale è messa in rilievo semplicemente la immanenza della libertà alla *civitas*, non già l'aderenza alla *civitas* della capacità di *agere sacramento*, come ha ben dimostrato già il DESSERTEAUX, *Le cas de la femme d'Arretium, Mélanges Girardin*, 1907, p. 181 e segg.

(1) VON MAYR, *Das sacramentum der legis actio, Mélanges Girard*, 1912, II, p. 171 e seg.

gono sulla cosa litigiosa, nel cospetto del magistrato, oltrechè alla affermazione del loro dominio su di essa, ad atti esterni che ne costituiscono l'esplicazione (1), e procedono, nel contrasto fra tali atti, ad un simulacro di lotta (*manus conserere*) (2); mentre quando riguarda degli immobili, all'affermazione del dominio da parte di entrambi i contendenti, segue una reciproca sfida a recarsi sul terreno litigioso per esercitarvi atti di padronanza (3). Il magistrato interviene nel primo caso ad imporre alle parti di sospen-

---

(1) Gaio, 4, 16: 'Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem et ita dicebat: *hunc ego hominem ex iure Quiritum meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*, et simul homini festucam imponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat'; Gell. 20, 10, 9. La vecchia letteratura relativa a codesta *l. a.* è riassunta dal Roth, *Beiträge zur Lehre von der l. a. s. in rem*, *Z. d. S. S.* III, 1882, p. 121 e segg. Sulla genesi estragiudiziale della *vindicatio* v. Betti, *La vindicatio romana primitiva*, nel *Filangieri*, 1915.

(2) Gell. 20, 10, 9: 'postquam praetores, propagatis Italiae finibus satis iurisdictionis negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum causa ad longinquas res gravabantur, institutum est contra duodecim tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed *ex iure manum consertum* vocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba, tamquam in toto agro, vindicarent'; Cic. *pro Mur.* 12, 26.

(3) Gaio, 4, 17: 'Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci.... pars aliqua inde sumebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat

dere la lotta e di lasciar luogo all'arbitrato sulla loro contesa (1); nel secondo caso interviene ad imporre ad esse di recarsi, coll'assistenza dei testimoni (*superstites*) (2), sul fondo litigioso a raccogliervi le zolle (*vindiciae*) che servono a rappresentarlo (3).

---

vindicatio.... similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio'.

(1) GAIO 4, 16: 'cum uterque vindicasset, praetor dicebat: *Mittite ambo hominem*'.

Pronunziando codeste parole, il magistrato, in rappresentanza della Città, accettava di organizzare l'arbitrato occorrente a risolvere la controversia intorno alla *res*. Così giustamente il JOBBÉ DUVAL, *Etudes* cit. p. 324. Altri intendeva che il magistrato col suo intervento assumesse in dominio della Città la cosa litigiosa, salvo garantire al vincitore il valore corispondente: MUNDERLOH, *Ueber Schein und Wirchlichkeit an der l. a. sacr. in rem*, *Z. f. R. G.* XIII, p. 473-7; MASCHKE, *Der Freiheitsprozess im Klass. Alterth.* Berlin, 1888, p. 131-2. Altri ancora che il magistrato assumesse dal momento della pronunzia delle dette parole la custodia della cosa controversa, per serbarla fino alla sentenza: BECHMANN, *Studie* cit. p. 31; GRADENWITZ, *Zwangsvolltrekung und Urtheilsich.* nel *Festg. f. R. v. Gneist*, Berlin, 1888. p. 286.

Larghi raffronti colle forme vigenti pei giudizi di rivendicazione in altri antichi diritti, e specialmente in quelli dei popoli germanici, reca ora il NABER, *De iudiciis in rem duplicibus*, *Mnem.* XLI, p. 117 e segg.; 429 e segg. XLII, p. 179 e segg.

(2) PAOLO DIAC., *Exc. Fest.* v. *superstites*: 'superstites testes praesentes significat. cuius rei testimonium est, quod superstitibus praesentibus, i, inter quos controversia est, vindicias sumere iubentur'; CIC., *pro Mur.* 12, 26.

(3) FESTO, v. *vindiciae*: 'Cincius sic ait: Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae sunt,. Cfr. GELL. 20, 10, 9 cit.

La nomina del giudice incaricato di conoscere quale delle due parti avesse bene scommesso (di quale fosse *iustum* il *sacramentum*) e mediatamente di conoscere pure della pretesa a cui la scommessa medesima corrispondeva, aveva luogo dapprima immediatamente dopo l'avvenimento di questa; ma in seguito ad una *lex Pinaria* d' epoca incerta (1) fu differita a 30 giorni. Nominato il giudice, le parti s' impegnavano a vicenda di presentarsi nel cospetto di questo dopo tre giorni (*in diem tertium sive perendinum: perendinatio*) (2). Trattandosi di *l. a. s. in rem,* la cosa controversa era nel frattempo trattenuta da una delle parti, in seguito a disposizione del magistrato, verso congrua garanzia di restituirla, in caso di esito sfavorevole della contesa, all'altra parte; garanzia che in antico era procacciata da appositi *praedes* (*litis et vindiciarum*) (3), mentre in se-

(1) Gaio, 4, 15.

(2) Gaio, 4, 15 cit.; Festo v. *dies comperendinata.* Sopra la ragione di cotale aggiornamento v. Eisele, *Das sacramentum und die lex Pinaria, Beitr. zur röm. Rechtsg.*, Freib. u. Leipzig, 1896, p. 217-20. Questi lo ricollega al mutamento sopraggiunto nel carattere del *sacramentum*, col procedersi verso l'età più recente, ed alla natura assunta da esso di ammenda processuale, in luogo di quella religiosa di espiazione verso la divinità offesa. Mentre fino a tanto che il *sacramentum* costituiva un'espiazione, era urgente procedere alla nomina del *iudex*, che determinasse chi doveva prestarlo, ed era urgente per rimuovere dalla collettività le conseguenze dello spergiuro non espiato di un suo membro; una volta ch'esso ebbe perduto cotal carattere, parve utile praticamente lasciare tempo alle parti contendenti di comporre l'iniziata controversia, prima di procedere alla nomina del *iudex*, a cui deferirne il *iudicium*.

(3) Gaio 4, 16 cit.: ' postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat,

guito avvenne con una *cautio* o *stipulatio* dello stesso possessore interinale (*cautio pro praede litis et vindiciarum*) (1).

8. Per le controversie relative a crediti di danaro, i quali avessero il loro fondamento in un mutuo di moneta (2), oppure in un negozio formale avente un mutuo a presupposto (3), si potè ricorrere, ad un certo momento, invece che alla *legis actio sacramento,* alla *legis actio per condictionem,* introdotta, forse in sull' inizio del secolo VI, da una *lex Silia* ed estesa, in seguito, da una *lex Calpurnia* anche alle controversie aventi ad oggetto dei crediti di *certae res* (4).

---

eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum „.

(1) Val. Probo, 5, 22, 23; Pseudoasc., *in Verr.* 1, 2, 115, ' qui eam tenet, dat pro praede litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum '.

(2) L'aderenza di codesta nuova *legis actio* alla ripetizione di cose perfettamente fungibili, a riscontro della *rei vindicatio* vigente per la ripetizione di *species ;* e il valore della conquista ch'essa rappresentò, e che divenne possibile solamente coll'introduzione della moneta metallica coniata, nella quale sola potè dirsi raggiunta la giuridica fungibilità; sono ritratti nel forte lavoro del Brini, *Possessi di diritti e condictiones nel diritto romano, Mem. della R. Acc. delle Scienze di Bologna, Classe di Scienze Morali, Sez. giurid.* V, p. 118 e segg.

(3) Che la *l. a., per condictionem* fosse esperibile, almeno in sullo scorcio della repubblica, anche nel caso di *pecunia certa* dovuta in seguito a *stipulatio,* e non solamente per la *pecunia numerata (credita)* sembra resulti in modo incontrovertibile dal luogo ciceroniano *pro Roscio com.* 5, 14: ' Pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit '. Non sembra perciò potersi aderire al Naber, *Observ. iur. rom.,* XVII *(Apud Ulpianum ex stipulatione non nasci condictionem), Mnemos.* XX, 1892, p. 112.

(4) Gaio, 4, 17 a -20.

La procedura della *l. a. per condictionem* aveva su quella *per sacramentum* il pregio di una maggiore semplicità e speditezza; perchè essa consisteva in un semplice invito (*condictio* da *condicere* in senso di *denuntiare*) (1) rivolto dall'attore al convenuto *in iure* di presentarsi nuovamente entro trenta giorni per ricevere il *iudex;* ed offriva all'attore il mezzo d'imporre al convenuto di scommettere la prestazione di un terzo della somma controversa, pel caso in cui la sua pretesa a questa risultasse fondata (*sponsio tertiae partis*) o di deferirgli un giuramento sulla fondatezza di essa pretesa (*ius iurandum in iure*) e di far dipendere dalla sua ricusa di prestarlo l'esito della lite (2).

9. Cotesta più semplice *legis actio* potè servire in modo indiretto anche a risolvere delle controversie che avessero ad oggetto il dominio di cose; e potè giovare praticamente ad evitare per queste le complicate e gravose formalità della

(1) Gaio, 4, 18 cit.: 'Condicere autem denuntiare est prisca lingua'; Festo, v. *condicere.*

(2) Gaio, 4, 171: 'ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis....'; Cic., *pro Roscio com.* 4, 10.

L'esame delle varie congetture presentate intorno all'origine della *l. a. per condictionem* è fatto acutamente dal Jobbé Duval, *Etudes* cit., p. 120 e segg. Egli ricollega codesta *legis actio* al giuramento purgatorio dei costumi primitivi. Mentre a norma di questi il convenuto avrebbe potuto sempre liberarsi dalla pretesa dell'attore, giurando ch'essa era infondata, in seguito alla legge Silia sarebbe stato rimesso all'attore o di giurare, o di procedere invece ad una scommessa sopra una posta corrispondente a parte della somma controversa. Altri ha supposto che la *l. a. per condictionem* sia stata introdotta per offrire ai peregrini il mezzo di

l. a. sacramento in rem, l'onere della prova che in questa incombeva in pari guisa ad entrambe le parti, ed il pericolo inerente a questa di perdere la cospicua posta del *sacramentum.* Potè servire appunto per mezzo di una solenne promessa (*sponsio*) di certa somma, solitamente esigua, che il possessore della cosa litigiosa s'impegnava a pagare al rivendicante sopra invito di questo, nel caso che la cosa stessa non fosse di sua spettanza; alla quale promessa ne corrispondeva un'altra, colla quale egli s'impegnava a restituire anche la cosa, qualora il giudice incaricato di conoscere della *sponsio* avesse emanato una sentenza per lui sfavorevole (*agere per sponsionem*) (1). Per mezzo di siffatto spediente la pretesa reale veniva ad esser decisa in dipendenza della pretesa alla somma fissata nella *sponsio:* pretesa in sè medesima meramente formale (2).

---

partecipare da sè, senza mediazione di un cittadino, ai processi civili. Cfr. PERNICE, *M. A. Labeo*, III, p. 234. Altri ancora ravvisa nella nostra *legis actio* uno strumento introdotto allo scopo di rendere possibile agire per una causa astratta, senza più bisogno d'indicarvi cause concrete. Cfr. BARON, *Zur legis actio per iudicis arbitrive postul. und per cond.*, *Festg. f. Beseler* p. 46; *Die Condictionen*, 1881, II, p. 195 e segg.

(1) GAIO, 4, 93: 'Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: *si homo, quo de agitur ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?* deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere: qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse'.

(2) La risalenza dell'*agere per sponsionem* già al periodo delle *legis actiones* fu sostenuta dallo STINTZING, *Ueber das Verhaltn. der legis actio sacram. zu dem Verfahr. durch sponsio praeiud.*, 1853. Ne ha ritratto con molta larghezza e lucidezza la funzione pratica, in rapporto colla *l. a. sacramento* dominante nel tempo

10. Per le controversie, che non avessero per oggetto una somma nè una *res certa,* quale era presupposta dalla *l. a. per condictionem,* e che neppure potessero essere impostate sopra due affermazioni opposte, quali occorrevano per la *l. a. sacramento,* era sopraggiunta frattanto la così

---

in cui sorge, lo JOBBÉ DUVAL, *Etudes* cit., I, p. 459 e segg. Intorno allo scopo dell'*agere per sponsionem*, diretto ad evitare ad entrambi i litiganti l'onere della prova sulla proprietà controversa e ad addossarlo ad un solo di essi, cfr. pure NABER, *De in rem actione legitima et per sponsionem*, *Mélanges Girard*, 1912, II, p. 309 e la densa nota del GIRARD, *Organis. iud.*, I, p. 193-5.

Una corrispondenza fra il processo romano *per sponsionem* e pratiche processuali risalenti già all'età micenea sembra attestata dalle scene giudiziarie figurate sullo scudo d'Achille, quale è descritto da OMERO, *Iliade*, XVIII, v. 497 e segg. Cfr. DARESTE, *La justice criminelle des temps heroiques*, in *Nouvelles études d' hist. du droit*, 1902, p. 8; BONNER, *Administration of iustice in the age of Homer*, *Classical Philology*, VI, 1911, p. 24 e segg.

Se il processo *per sponsionem* si applica alla rivendicazione d'immobili, ne costituisce parte integrante l'atto col quale uno dei contendenti discaccia l'altro dal terreno controverso, assumendo di fronte a questo condizione di possessore: l'atto che figura ancora appresso Cicerone d'applicazione viva e presente, col nome di *deductio moribus : pro Tull.* 8, 20; *pro Caec.* 7, 20. Che la *deductio moribus* appartenga ai riti attinenti l'*agere per sponsionem* è sostenuto già dal KELLER, *Ueber die deductio quae moribus fit*, *Z. f. g. R. W.* XI, p. 287 e segg.; seguito dal BETHMANN HOLLWEG, *Civilpr.* II, p. 838, e dal JOBBÉ DUVAL, *Etudes*, cit., p. 461 e segg. Altri ravvisa nella *deductio* un'applicazione della *vis* simbolica dell' *interdictum uti possidetis* (GAIO, 4, 170). Cfr. BRUNS, *Besitzklagen* p. 32; PFLUGER *Die sogenan. Besitzklagen*, 1890, p. 21 e segg.; NABER, *Observ.* 106, in *Mnemosine* XLII, 1915, p. 191-2. Ma a tale opinione contrasta il fatto che la *deductio* costituisce una formalità precedente ogni altro atto, mentre la *vis* di cui parla Gaio ha luogo dopo che l'interdetto è già emanato.

detta *l. a. per iudicis arbitrive postulationem.* La quale consisteva, a quanto sembra, nell'istanza rivolta al magistrato dall'attore nel cospetto del convenuto comparso, di procedere alla nomina di un giudice o di un arbitro a cui sottoporre la controversia (*te praetor iudicem arbitrumve postulo uti des*) (1); e trovò nell'età storica le sue tipiche applicazioni nei giudizi divisori e forse anche nei giudizi di liquidazione in danaro (*litis aestimatio*) (2) dell'oggetto dovuto da un litigante all'altro, in seguito all'esito del giudizio promosso colla *l. a. sacramento*, in ogni caso in cui questo non avesse già di per sè medesimo per oggetto una somma di danaro; e per conseguire l'instaurazione di un arbitrato sopra rapporti non peranco riconosciuti dai *mores* e dalle *leges,* e pei quali non potessero valere pertanto nè la *legis actio sacramento* nè quella *per condictionem* (3).

11. L'osservanza delle solennità formali di coteste *legis actiones,* per mezzo delle quali aveva luogo lo svolgimento

(1) Gaio 4, 12 e 20; Val. Prob. 4, 8.

(2) La *litis aestimatio* avrebbe in origine, secondo il Partsch, *Z. d. S. S.* XXXI, p. 439, la funzione di prezzo di riscatto del garante processuale tenuto per la cosa litigiosa aggiudicata all'attore vittorioso, e di composizione volontaria della mancata restituzione di questa. Tale congettura è svolta poi ingegnosamente da E. Betti, *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, Città di Castello, 1915, I, p. 8 e segg.

(3) Intorno alle congetture proposte sopra il carattere e la genesi di codesta misteriosa *legis actio*, di cui Gaio non riferisce che il nome, cfr. A. Schmidt, *Ueber die legis actio per iud. postul.* Leipzig, 1881 (ripubblicato con aggiunte nella *Z. d. S. S.*, II, p. 145 e segg.); Bekker, *Zur Lehre von den Legisaktionen*, *Z. d. S. S.*, XXV, 1904 p. 3 e seg. Intimi rapporti fra codesta *l. a.*, nella sua applicazione alla liquidazione dell'oggetto di una prece-

del processo nel cospetto del magistrato (*in iure*) cessò di essere obbligatoria nella prima metà del secolo VII d. R., e precisamente fra il 605 e il 628, in forza di una *lex Aebutia* (1). Questa introdusse, per le controversie insorte fra cittadini o fra peregrini ammessi in Roma alla partecipazione del *commercium*, un sistema (2), giusta il quale i contendenti erano ammessi ad enunciare, senza osservanza di forme, le rispettive pretese; offrendo con ciò liberamente al magistrato gli elementi per concretare i termini della controversia in uno schema normalmente redatto in iscritto (*formula*) che poi serviva di guida al giudice per l'esaurimento del *iudicium* rimessogli (3). Cotesto sistema, sopraggiunto così a lato dell'antico, non ne indusse senz'altro l'abolizione. Esso trovò dapprima applicazione e preferenza

---

dente contesa decisa col *sacramentum*, e la genesi del posteriore processo formulare, ravvisa ora l'HUVELIN, *L'arbitrium litis aestimandae et l'origine de la formule*, *Mélanges Girardin*, 1907, p. 319 e segg. V. pure ARANGIO RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*. estr. dagli *Studi econom. giuridici*, Cagliari, IV, 1912.

(1) La data della *lex Aebutia* è circoscritta entro codesti termini, con estrema verisimiglianza, dal GIRARD, *La date de le loi Aebutia*, *Z. d. S. S.* XIV, 1893, p. 11, e segg.; XXIX, 1908, p. 103 e segg., *Mélanges du droit Rom.* I, p. 67 e segg.

(2) Per le discussioni sull'origine del nuovo sistema cfr. PARTSCH, *Die Schriftformel im röm. Provinzialprozesse*, Breslau, 1905, p. 3 e segg.

(3) GAIO 4, 30: ' Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tum iura condiderunt eo res perducta est, ut qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus '.

per le controversie aventi ad oggetto dei crediti; e nel tempo di Cicerone è subentrato per queste decisamente in luogo della *l. a. sacramento in personam* e della stessa *l. a. per condictionem* (1). Ma valse poi abbastanza presto anche per le controversie relative alla proprietà ed ai diritti reali, per le quali la *formula petitoria* (2) offriva il mezzo di giungere direttamente alla risoluzione del diritto controverso ed alla relativa stima, senza ricorrere a spedienti indiretti, quali rappresentava la complicata *l. a. sacramento in rem* e la stessa procedura *per sponsionem*.

Colle *leges Iuliae iudiciariae*, le *legis actiones* sono abolite; e ne vien meno ogni ricorso, fuorchè per le controversie rimesse al tribunale dei *centumviri* e per quelle riguardanti il *damnum infectum* (3) e pei processi fittizi adoperati pel compimento di atti di volontaria giurisdizione.

---

(1) Cic., *pro Roscio com.*, 8, 24: 'Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae aut in ratione actionis errare possit'.

(2) Cic. *in Verr.* 2, 2, 12, 31: 'Si iudicium sit eius modi: 'L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servili esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur'.

(3) Gaio 4, 31.

La persistenza delle *legis actiones* dopo la legge Ebuzia, e la coesistenza dei due sistemi delle *legis actiones* e delle *formulae* fino all'inizio dell'impero, è stata messa in luce magistralmente dal Wlassak, *Röm. Processgesetze* cit., I, p. 63 e segg. Le tracce di *legis actiones* esistenti nelle scritture di Cicerone erano state spiegate dal Bekker, *Der Legisactionprocess mit Formeln zur Zeit Ciceros*, *Z. f. R. G.* V, p. 341-56, nel senso che dominasse in sullo scorcio della repubblica un sistema processuale formato colla fusione dell'antico e del nuovo e consistente in ciò che il magistrato avrebbe rilasciato la formula, dopo avvenuto il compi-

12. In seguito alla riforma arrecata al processo *in iure* dalla *lex Aebutia* e dalle *leges Iuliae* (1), questo s'inizia colla *editio actionis,* ossia coll'indicazione da parte dell'attore dell'*actio* di cui intende valersi contro il convenuto: la quale può essere tra quelle che già figurano nell'albo del pretore,

---

mento da parte dei litiganti delle formalità che costituivano le *legis actiones.* Per la valutazione delle testimonianze ciceroniane nel senso seguito nel testo, cfr. il mio *Cicerone giureconsulto,* III, p. 11 e segg.

(1) Gaio 4, 30 cit.

Le leggi *Iuliae iudiciariae,* che riformarono i giudizi civili, appartengono probabilmente ad Augusto, non giá a Giulio Cesare. Tale appartenenza ad Augusto propugnata recisamente dal Wlassak, *Processges.* I, p. 167 e segg., sembra tuttora da accogliere; benchè vi contrasti il Mommsen, *Strafr.,* p. 128-9; il quale riferisce a cotali leggi riformatrici dei giudizi l'accenno alle *iudiciariae leges Caesaris,* che porge Cic., *Phil.* 1, 8, 19; accenno, che sembra riferirsi piuttosto alle *leges* riguardanti singole materie di diritto e di procedura criminale.

Delle due *leges* una si riferiva ai *iudicia publica,* l'altra a quelli *privata* (Cfr. Girard, *Les leges Iuliae iudic. publ. et privat. Z. d. S. S.* XXXIV, 1913, p. 295 e segg.). Secondo il Wlassak, *Processg.* II, p. 191 segg. sarebbero esistite tre *leges Iuliae iudiciariae,* due delle quali relative ai *iudicia privata.*

L'identificazione delle *leges Iuliae iudiciorum* con le *leges Iuliae de vi publica et privata,* già proposta dall'Heffter, *Gaii inst. comm. quartus,* 1827, p. 25, ed accettata dal Mommsen, *Röm. Strafr.,* p. 128-9, 259, e fra noi dal Ferrini, *Espos. storica e dottr. del dir. pen. rom.,* in Pessina, *Dir. pen.,* I, p. 372, é contraddetta dall'esistenza nella *lex de vi publica* di talune statuizioni relative a violenze del tutto estranee all'esercizio dei giudizi. Cfr. in particolare, contro siffatta identificazione, Hitzig, nella *Schweitz. Zeitschr. f. Strafr.* 1900, p. 202-3; Coroï, *La violence en droit crimin. romain,* cit. p. 144 e segg., p. 252-3.

o può anche essere un'*actio* nuova, di cui si richiegga dal magistrato la concessione (*postulatio actionis*) (1).

Alla *editio actionis* dell'attore il convenuto può opporre un'assoluta negazione dei fatti che costituiscono il presupposto della sua pretesa. O può invece, pur riconoscendo l'esistenza di tali fatti, contrapporne altri, i quali valgano ad elidere le conseguenze giuridiche che l'attore pretenda di trarne, e può invocare dal magistrato che di questi altri si tenga conto per mezzo di una *exceptio* da inserirsi nella *formula,* sulla quale dovrà aver luogo il *iudicium* (2). Ai

---

(1) Dietro il LENEL, *Z. d. S.*, *S.* XV, 1894, p. 385-8; *Ed. perp.* 2 Aufl. p. 60-1, si distinguono di solito tre specie di *editio a.*: una estragiudiziale e precedente la comparsa delle parti *in iure*, e che sarebbe appunto quella a cui si riferisce la statuizione edittale ricordata nel fr. 2. p. *D. de ed.*: '*qua quisque actione agere volet, eam edere debet*'; una seconda davanti al magistrato consistente in una ripetizione di questa, ed una terza corrispondente alla dettatura della formula dell'attore al convenuto e costituente una parte della *litis contestatio*. Cfr. WENGER, *editio actionis*, nel PAULY WISSOWA, *Realencykl.* V, 2, c. 1960.

(2) GAIO 4, 116-119.

Efficacemente PLUTARCO, *Quaest. rom.* 81, avverte che l'eccezione (παραγραφή) impedisce il giudizio, così come la potestà tribunizia impedisce l'esercizio della magistratura *cum imperio*: ἀναιρεῖ καὶ λύει (κρίσιν), τὸν αὐτὸν τρόπον οἴονται τὴν δημαρχίαν κώλυσιν ἀρχῆς μᾶλλον εἶναι.

La *communis opinio* desume dalla testimonianza di GAIO 4, 108 *(nec omnino ita, ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum)* il concetto che l'*exceptio* sia sorta soltanto col processo formulare e sia rimasta sempre estranea a quello delle *legis actiones*. Cfr. LENEL, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876; SCHWALBACH, *Zur Gesch. der Lehre von den Processeinreden Z. d. S. S.* II, 1881, p. 199 e segg.; KOSCHEMBAHR LYSKOWSKI, *Die Theorie der Exceptionen nach Klass. röm. Recht*, I, 1893; CA-

fatti contrappostigli dal convenuto nella *exceptio,* l'attore può opporne a sua volta degli altri idonei ad eliderne il valore, e può farne tener conto in una *replicatio* parimente da inserirsi nella formula (1).

13. Che nel periodo precedente alla *lex Aebutia* ed alle *leges Iuliae* il magistrato davanti al quale le parti comparivano *in iure* prestasse semplicemente una mera assi-

---

RUSI, *Sul concetto della exceptionis defensio, Studi e doc. di storia e dir.* XVII, 1896, p. 217-305; XIX, 1898, p. 3. 255 e segg.; WENGER, *Exceptio*, nel PAULY WISSOWA, *Realencycl.* VI, 2, c. 1553 e segg. Per contrario il WLASSAK, *Der Ursprung der röm. Einrede*, Wien, 1910; *Praescriptio und bedingter Prozess, Z. d. S. S.*, XXXIII, 1912, p. 136 e segg., ha sostenuto che l' *exceptio*, quale strumento adibito a preservare l'equità, ossia la giustizia del caso particolare contro il rigore di norme generali di diritto, dovette esistere già sotto il dominio dell'antico processo delle *legis actiones*, e che nel nuovo mutò soltanto forma e atteggiamento. Nel periodo delle *legis actiones* l'*exceptio* avrebbe portato alla *denegatio actionis* da parte del magistrato, anzichè costituire uno strumento di difesa pel convenuto nel *iudicium*. Il luogo di Gaio 4, 108, non vorrebbe significare che nel periodo delle *legis actiones* non esistessero le *exceptiones;* ma bensì che in questo esse *exceptiones* funzionavano in un modo diverso che in quello delle *formulae*. Ed il luogo di CIC., *de inv.* 2, 19, 59: ' *et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones* ' significherebbe che molte *legis actiones* sono escluse dal pretore per mezzo della *denegatio actionis*. Contrasta a codesta dottrina e riafferma la *communis opinio* il RABEL, *Z. d. S. S.* XXXII, p. 413 e segg.

(1) GAIO 4, 126: ' Interdum evenit, ut exceptio quae prima facie iusta videatur, inique noceat actori. Quod cum accidat, alia adiectione opus est adiuvandi actoris gratia; quae adiectio replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis '.

stenza passiva al compimento degli atti ed alla pronunzia delle parole, in cui si concretavano le *legis actiones,* e non potesse ricusarsi di far luogo all'istaurazione dell'arbitrato invocato sulla base di queste; nè viceversa potesse procedervi per diritti a cui non corrispondesse peranco una tale *legis actio,* è opinione propugnata oggidì da autorevoli fautori (1).

Senonchè le testimonianze esplicite che possediamo intorno ad una partecipazione cosciente e diretta del magistrato ad atti e negozi che si compivano per mezzo di *legis actiones,* partecipazione che si rispecchia in modo particolare e saliente nel concetto tradizionale dei giorni *fasti* e *nefasti,* come di quelli in cui è dato o meno a costui di pronunziare i *tria verba* (*do, dico, addico*) (2) sembra contrastino, come ben fu avvertito (3), a codesta opinione che gli attribuisce nell'antico processo la parte di un semplice automa. E vi contrastano parimente i ricordi di certe applicazioni del *lege agi* dipendenti dalla volontà del magistrato (4).

---

(1) Così in particolare il GIRARD, *La date de la loi Aebutia* cit., *Mélanges de droit Rom.*, p. 74 e segg.; *Histoire de l'organ. iud.*, I, p. 69 e segg.; e prima, benchè meno recisamente, lo IHERING, *Geist d. röm. Recht*, II, p. 2; ed il MOMMSEN, *Röm. Staatsr.* III, p. 59 (trad. franc. VI, 1. p. 64).

(2) VARR., *de l. lat.* 6, 30: ' dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem ' do, dico, addico ' itaque non potest agi. Necesse est uti verbo, cum lege quid peragitur '.

(3) WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im ges. Spruchverfahren, Z. d. S. S.* XXV, 1905, p. 2 e segg.

(4) VAL. MASS. 7, 7, 5 citato dal WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozess, Z. d. S. S.* XXXIII, cit., p. 140. A codesto luogo è da aggiungere quello di capitale importanza di CIC. *in Verr.*, 2, 2, 16, 39: 'quis umquam, isto praetore Chelidone invita lege

D'altro lato tale opinione non può trovare soccorso, come è parso ai suoi fautori, nel famoso luogo della orazione ciceroniana *pro Murena* (1), nel quale si rappresentano le parti del magistrato nel compimento degli atti in cui si concreta la *legis actio sacramento in rem,* come ristrette alla pronunzia di certe parole ed al compimento di certi gesti; poichè quel luogo investe di satira e di sarcasmo tutto il complesso delle forme caratteristiche della detta *legis actio,* come degli istituti dell'antico *ius civile* (2); ma non attesta, e neppure accenna per nulla, che il magistrato, il quale quando credeva di lasciar luogo allo svolgimento del processo doveva comportarsi nella maniera prescritta dal *ius civile,* non potesse invece ricusare il suo concorso, e rifiutarsi senz' altro d' instaurare l' arbitrato, allorchè da una delibazione dell'affare dibattuto fra le parti riconoscesse evidentemente e del tutto infondata la pretesa dell'attore.

Neppure è attestato che nel tempo precedente alla legge

---

agere potuit? ' Senza il concorso prezzolato della druda di Verre non poteva ottenersi dal pretore l'istaurazione di un arbitrato, come che richiesto colle forme delle *legis actiones*. Che *lege agere* significhi qui certamente l'esperimento di *legis actiones*, e non abbia quel significato che si riscontra in qualche luogo di Cicerone stesso (*in Caec. div.* 5, 19) e d'altri scrittori (Tac. *Ann.* 12, 60; 13, 28), riferibile all'esercizio di un'accusa criminale fondata sulle *leges* costitutive della relativa *quaestio*, resulta dal fatto che la turpe influenza di Chelidone su Verre, a cui si accenna nel luogo cit. si riferisce al tempo in cui questi esercitava la *iurisdictio* urbana. Cfr. il mio *Cicerone giureconsulto*, III, p. 19.

(1) Cic. *pro Mur.* 12, 26.

(2) Cfr. Lenel, *Der Prätor in der legis actio, Z. d. S. S.* XXX, 1908, p. 340 e segg.

Aebutia il processo potesse essere promosso esclusivamente per mezzo delle *legis actiones,* introdotte da *leges,* o *accomodatae* dai giureconsulti sul testo di *leges*. Dal famosissimo luogo di Gaio IV, 11 : *quippe tunc edicta praetoris quibus complures actiones introductae sunt nondum in usu habebantur,* non si può trarre invero che il pretore non avesse possibilità di concedere di volta in volta delle azioni (*in factum*) per dei singoli rapporti che gli paressero meritevoli di ricognizione e di difesa, nel periodo stesso in cui lo strumento normale per ottenerne l'instaurazione di un arbitrato sopra una patita lesione consisteva nelle *legis actiones ;* e nemmeno si può indurre con certezza che l'inesistenza di *edicta* e di azioni riconosciute e fissate in essi, durasse tutto il periodo in cui dominarono le *legis actiones ;* e non si riferisse piuttosto, nel pensiero del giurista, al momento più arcaico di questo, ch'egli ha evidentemente in vista per gli esempi addotti del formalesimo che vi dominava. Dato lo sviluppo intenso della vita giuridica del secolo VI d. R., che dovette imporre ben presto la necessità della ricognizione di negozi e rapporti nuovi, siffatto intervento del pretore a *dare actionem,* anche fuori dei termini prestabiliti dalle *legis actiones*, sembra da ammettere con estrema verisimiglianza. Se la facoltà pel magistrato di *dare actionem* (o di *denegare a.*) fosse cominciata veramente colla *lex Aebutia,* e fosse stata cosa del tutto incompatibile col processo precedente, Gaio avrebbe attribuito a questa, nel suo prospetto, una ben altra portata.

Non è pertanto la genesi della facoltà magistratuale di *dare* o *denegare actionem* che si deve ricollegare alla detta legge ; ma sì piuttosto ed innegabilmente un nuovo e più largo svolgimento di essa facoltà ; quale era portato dalla

libertà con cui le parti potevano enunciare le rispettive pretese, senza più i vincoli e gli inceppi che l'applicazione delle *legis actiones* doveva normalmente importare (1).

14. La *denegatio actionis* può avvenire da parte del magistrato, o perchè la pretesa dell'attore gli appaia comunque infondata, o perchè essa non corrisponda ai presupposti di una delle *actiones* già esistenti di origine civile o edittale, e sia immeritevole, a suo giudizio, di essere protetta per via di una azione nuova (*in factum*) (2); o perchè egli si ritenga incompetente per valore o per territorio rispetto alla controversia deferitagli (3); o perchè la risoluzione di questa ne pregiudichi un'altra d'ordine superiore.

---

(1) In tal senso cfr. WLASSAK, *Der Gerichtsmag.*, *Z. d. S. S.* cit. XXV, p. 2 e segg.; *Z. d. S. S.* XXVIII, p. 205 e segg.; *Praescriptio* cit. *Z.* cit. XXXIII, p. 139 e segg.; *Der Ursprung der röm. Einrede* cit. p. 27 e segg.; e prima *Processg.* II, p. 303; *Zur Gesch. der Cognitur*, p. 59 e segg.; LENEL, *Der Praetor* cit., *Z.* cit. XXX, p. 329 e segg.; HELLWIG, *Klagrecht und Klagmöglickeit*, 1905, p. 80.

(2) ULP., *D.* 50, 17, 102, 1: Eius est actionem denegare, qui potest et dare '.

(3) È lo stesso magistrato che pronunzia sulla propria competenza; ed è pure egli stesso che può pronunziare d' ufficio sulla necessità o meno di rinviare il processo corrispondente all'azione esperita, per ciò che esso costituisca *praeiudicium* rispetto ad un altro. Cf. BÜLOW, *Die Lehre von den Processeinreden*, 1868. I processi, i quali per la natura del rapporto a cui si riferiscono presuppongono necessario l' intervento di più parti (come quelli che riguardano le responsabilità di più amministratori di un unica azienda, e i giudizi divisori) non possono naturalmente avere il loro svolgimento davanti al magistrato, se non coll' intervento di esse parti. Ma anche in quelli, pei quali il litisconsorzio non era così necessario, bensì fosse giudicato opportuno

Il magistrato può pertanto far luogo di tal guisa, di sua propria iniziativa e radicalmente, alla ricognizione di quei motivi che potrebbero fornire al convenuto altrettanti titoli di eccezioni *(praescriptio fori, exceptiones praeiudiciales)* (1).

La *denegatio actionis* da parte del magistrato non produce la estinzione del diritto corrispondente dell'attore respinto con quella; e però esso attore può riproporre la sua istanza davanti ad un altro magistrato succeduto a quello da cui fu pronunziata (2).

---

dal magistrato, esso poteva essere posto in atto mediatamente, per ciò che egli ricusava l'azione perfino a tanto che non comparissero davanti a lui tutti coloro che riteneva conveniente associare nel processo. Cf. in tal senso le giuste osservazioni del Redenti, *op. cit.*, p. 107. Fra i processi nei quali il litisconsorzio é necessario e quelli nei quali esso non é tale, ma dipendente dall'apprezzamento del magistrato, sussiste però una differenza capitale, in quanto i primi danno luogo fra le parti ed il giudice ad un unico rapporto, mentre gli altri danno luogo a tanti rapporti quante sono le parti. V. Redenti, *op. cit.*, p. 126 e segg.

(1) Per lo svolgimento di queste cfr. Pissard, *Les questions prejudicielles en droit rom.* Paris, 1907. Il concetto che presiedeva nel diritto classico alle *exceptiones praeiudiciales* era quello della convenienza che una *res maior* rispetto ad altra *minor* non avesse ad esser giudicata prima (*exc. quod praeiudicium hereditati non fiat; exc. extra quam in rem capitis praeiudicium fiat; exc. quod praeiudicium fundo partive eius non fiat*). Tale concetto nel diritto recente cede alla libertà dell'attore di esperire le azioni nell'ordine che crede, salvo conglobare insieme in un medesimo giudizio quelle che si trovino ad essere fra loro connesse.

(2) Ciò per altro è contestato dal Naber, *De actionis denegatione, Mnem.* XXVIII, 1900, p. 62 e segg.; contro il Bülow, *op. cit.*, p. 8.

15. Ma se il magistrato ravvisi fondata la pretesa dell'attore, dato che sussistano i presupposti di fatto da lui enunciati, egli *ius dicit* (1), ossia gli concede l'azione richiesta (*iudicium dat, actionem dat*) (2) e nomina un giudice singolo, o eccezionalmente più giudici, su proposta degli stessi contendenti (3) o altrimenti tratti a sorte, coll'incarico di statuire se veramente tali presupposti sussistano (4).

La concessione dell'azione e la nomina del giudice è

---

(1) Su *ius dicere* cfr. Bekker, *Ueber Anfang und Ende des in iure Verfahr.*, *Z. d. S. S.* XXVII, p. 1 e segg.

(2) Si è sostenuto dal Wlassak, *Röm. Processg.* I, p. 62 e segg., che *actio* significhi propriamente lo strumento esistente a tutela di diritti e rapporti protetti dal *ius civile*, e che *iudicium* significhi invece lo strumento introdotto dal pretore, dopo la *lex Aebutia*, a tutela di diritti a rapporti prima sprovveduti di ricognizione e di difesa. Ma per verità la concorrenza delle due espressioni *actionem dare* e *iudicium dare*, nel linguaggio ciceroniano, a significare l'instaurazione dell'arbitrato da parte del magistrato, sembrano contrastarvi. Cfr. il mio *Cicerone giureconsulto* III, p. 9-10. Non sembra invece da disconoscere che nel linguaggio ciceroniano *iudicium* significa, oltre che l'arbitrato instaurato sopra il rapporto litigioso, lo schema scritto nel quale il magistrato ne concreta i termini per norma del giudice, la *formula*. Così già il Wlassak, *op. cit.* I, p. 72 e segg., contraddetto dal Kübler, *Ueber die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero*, *Z. d. S. S.* XVI, p. 137 e segg.

(3) Cic., *pro Cluent.* 40, 120: ' Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem nisi qui inter adversarios convenisset '. Cfr. sui requisiti richiesti pel *iudex* p. 65 e segg.

(4) Che la nomina da parte del magistrato del giudice trascelto dai contendenti, o tratto a sorte costituisse un elemento della formula è comunemente ammesso (Cfr. Girard, *Manuel*, p. 1010, n. 2). Altrimenti il Lenel, *Z. d. S. S.* XXIV, p. 337

preceduta, ove occorra, dall'imposizione da parte del magistrato di cauzioni idonee ad assicurare al vincitore da parte del soccombente l'esecuzione dell'eventuale condanna (*satisdatio iudicatum solvi*). Tali cauzioni sono imposte all'attore che agisca, anzichè per sè medesimo, per altri, quale *procurator,* ad assicurare che il rappresentato sia per accettare le resultanze del processo esperito in suo nome (1) e parimente al rappresentante del convenuto in generale (2); sono imposte al convenuto con azioni reali, ad assicurare la custodia della cosa litigiosa e la prestazione del suo valore nel caso di soccombenza (3), ed al convenuto con certe azioni di credito che si vogliono circondate a pro dell'attore di particolari cautele, o al convenuto la cui solvibilità appaia sospetta perchè sia caduto in istato d'insolvenza (*persona suspecta*) (4). La ricusa del convenuto di prestare l'impostagli cauzione lo assimila a colui che si sottragga al processo *fraudationis causa* (5).

16. Lo stadio del processo che si svolge nel cospetto e

---

sostenne che la formula non conteneva affatto tale nomina, e che questa aveva luogo da parte dei contendenti successivamente alla *litis contestatio.*

(1) Gaio, 4, 98.

(2) Gaio, 4, 101: 'Ab eius parte cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisdari debet, quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur'.

(3) Gaio, 4, 89: 'si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes...'

(4) Gaio, 4, 102: 'quarum satisdationum duplex causa est: nam aut propter genus actionis satisdatur, aut propter personam, quia suspecta sit'.

(5) *Lex Rubria*, c. 21-2.

coll'assistenza del magistrato (*in iure*) si esaurisce, nel periodo delle *legis actiones,* con una solenne invocazione di *testes* chiamati a controllare l'impegno assunto dai contendenti di rimettersi per la decisione della loro controversia alla pronuncia del giudice e la corrispondente loro rinunzia ad esperirla ulteriormente: si esaurisce coll'atto designato in codesto periodo col nome di *litis contestatio* (1). Durante il periodo successivo delle formule la *litis contestatio* con cui si chiude il processo *in iure* ha luogo colla accettazione da parte del convenuto della formula redatta o fatta redigere dal magistrato, ma rimessagli dall'attore (2), accettazione (*accipere iudicium*) che forse aveva luogo per mezzo della *subscriptio,* apposta dal convenuto medesimo o da altri per lui, al documento che la conteneva (3). Si

(1) Festo, v. *contestari:* ' contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet ' *testes estote* '. E su codesto luogo si basa fondamentalmente l'immagine della primitiva *litis contestatio* ritratta dal Keller, *Ueber litis contestatio und Urtheil*, 1827. Sopra il valore ed il carattere da noi pure accolto dell' invocazione dei *testes*, cfr. Collinet, *La nature originelle de la litis contestatio, N. r. h. du dr. fr. et etr.*, XXVI, 1902, p. 529 e segg.

(2) Wlassak, *Die Litiscontestation im Formularprocess*, Leipzig, 1889 (*Festschr. f. Windscheid*); *Accipere iudicium*, in Pauly Wissowa, *Realencycl.* I, c. 140-1, contrariamente al Keller, *op. cit.*, il quale riteneva che la *l. c.* avesse luogo con un atto concluso fra le parti ed il magistrato.

(3) Così il Naber, *Quomodo fiat litis contestatio, Mnemos.* XXVIII, 1900, p. 436 e segg. Il Wlassak, *op. cit.*, ritiene che la remissione dall'attore al convenuto della formula, con la quale aveva luogo la *litis contestatio*, avvenisse o colla consegna di una copia del testo di essa formula, o colla sua dettatura, o coll' indicazione del luogo dell'editto in cui questo si trovava già scritto, e

concreti ad ogni modo la *litis contestatio* nell'invocazione predetta dei *testes,* come in antico, o si concreti invece nell'accettazione della formula, come di poi, è certo che essa ha natura e carattere di un contratto, col quale i contendenti s'impegnano di rimettere la lite pendente fra loro alla decisione del giudice eletto; e che essa importa la consumazione del diritto dedotto nella lite e la novazione

---

dal quale il convenuto potesse trascriverlo. Il LENEL, *Z. d. S. S.* XV, 1894, p. 374, pensa invece che la remissione avesse luogo colla dettatura del testo per opera dell'attore nella presenza del magistrato. Contro la *communis opinio*, la quale ammette ad ogni modo che la formula fosse redatta in iscritto, si è levato lo SCHLOSSMANN, *Litis contestatio*, Leipzig, 1905; *Praescriptiones und praescripta verba; wieder die Schriftformel des röm. Formularprozesses*, Leipzig, 1907, sostenendo che la formula scritta non è mai esistita e che i termini tecnici adoprati a significare il processo (*dictare, accipere, concepta verba*), escludono il processo scritto; e presuppongono per contro che la formula del detto processo dovesse essere orale. Contro lo S. cfr. BEKKER, *Z. d. S. S.* XXVII, p. 38, cit.; R. DE RUGGIERO, *Teorie nuove e teorie vecchie intorno alla litis contestatio, B. d. i. d. dir. rom.* XVII, 1905, p. 149 e segg.; *Ancora sulla scrittura della formula nel processo formulare romano, Ibid.* XIX, 1907, p. 255 e segg. Che a prova dell'uso della scrittura nella formula, e nella *contestatio* esplicantesi coll'accettazione di questa, valga il noto luogo oraziano delle *Sat.* 2, 1, 86: *solventur risu tabulae*, come ingegnosamente suppose l'ERMAN, *Z. d. S. S.* XVII, 1896, p. 334-5, non sembra per altro accettabile. Cfr. TRAMPEDACH, *Z. d. S. S.* XVIII, 1897, p. 341; SCHLOSSMANN, *Rhein. Mus. f. Phil.*, N. F. LIX, 1904, p. 630 e segg.; BRASSLOFF, *Z.* cit. XXVII, 1906, p. 210 e segg.; VON VELSEN, *Rhein. Mus.* cit. LXIII, 1898, p. 155 e segg; il quale conclude a favore dell'interpretazione che par sempre la più probabile, e che attribuisce a *tabulae* il significato di documenti presentati al giudizio penale.

di tal diritto in quello di ottenere, nel caso di esito favorevole del *iudicium* a cui si fa luogo, la condanna del convenuto nella somma di danaro che ne forma l'oggetto; e che perciò, dopo la *litis contestatio,* l'attore non può più riproporre il diritto a cui si riferisce il processo che ha messo capo a questa (1).

All'azione che l'attore proponga in base ad un titolo che egli abbia già fatto valere precedentemente in una controversia condotta fino alla *litis contestatio,* osta l'*exceptio rei in iudicium deductae,* che il convenuto gli può opporre; e che ha praticamente il medesimo effetto dell'*exceptio rei iudicatae* opponibile all'attore il quale si ostini a riproporre un'azione che abbia messo capo ad una controversia pervenuta fino al *iudicium* e ad una sentenza, riuscita a lui sfavorevole (2).

17. La *formula* compilata dal magistrato, e nella quale sono fissati i termini dell'arbitrato, a cui le parti hanno con-

---

(1) Cfr. sopra l'effetto consuntivo della l. c. ed il suo rapporto colla regola *bis de eadem re ne sit actio* le fondamentali ricerche del Bekker, *Processualische Consumption*, 1853; *Z. d. S. S.* XV, p. 377 e segg.; XXI, 1, segg.; XXIV, p. 361 e segg.; XXVII, p. 1 e segg, e di P. Kruger, *Processual. Consumption*, 1864. Cfr. pure Gradenwitz, *Volksspruch und Kunstregel bei der Konsumption*, nel volume *Aus Röm. und burgerl. Recht*, 1907, p. 383 e segg.

(2) Sopra l' unicità dell' *exceptio* opponibile contro chi agisse per un rapporto già consumato colla *litis contestatio*, o contro chi agisse per un rapporto già respinto dalla sentenza del *iudex*, (*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*) cfr. Lenel, *Ed.* 2 Aufl., p. 486 e segg., al quale aderirono il Bernburg, *Pand.*, I, §. 162; il Girard, *Manuel*, p. 1040; il Naber, *Mnemosine*, N. S., XVII, p. 115 e segg. Per contrario sostenne l'esistenza di due

venuto colla *litis contestatio* di rimettersi, contiene essenzialmente l'indicazione della pretesa dell'attore (*intentio*) (1) e l'invito al giudice di condannare il convenuto, qualora tale pretesa gli resulti fondata e di assolverlo nel caso contrario (*condemnatio*) (2). Qualunque fosse l'oggetto dell'originaria pretesa, la *condemnatio* è fissata in una somma di danaro: o determinata tassativamente, o rimessa alla valutazione del giudice, in riguardo alle circostanze del caso da valutarsi conformemente all'*aequum bonum* (3). E consiste così in denaro, forse per ciò chè essa serba il carattere originario di soddisfazione che il soccombente convenuto è tenuto a prestare all'attore, per averlo costretto a ricorrere all'arbitrato a tutela del suo diritto, anzichè prestarsi spontaneamente alla ricognizione di questo (4).

---

separate e distinte eccezioni l'EISELE, *Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, *Z. d. S. S.*, XXI, p. 1 e segg.; *Abh. z. röm. Civilpr.*, p. 4 e segg.; *Z. d. S. S.*, XXXV, 1914, p. 322 (sulla '*exceptio si ea res in iudicio non est*' nella *lex Agraria* del 643); e MANENTI, *Sul fr. 6 Dig. de exceptione rei iud. 44, 2*, nel *B. d. i. d. d. r.*, III, 1890, p. 72 e segg.; *Exceptio rei in iudicium deductae vel exceptio rei iud.*, nel *B. d. i. di d. r.*, XXI, 1910, p. 139 e segg.

(1) GAIO, 4, 41.

(2) GAIO, 4, 43.

Che l'invito sia rivolto al giudice dalle parti, non dal magistrato, sembra corrispondere al carattere arbitrale del processo di questo periodo. Cfr. in tal senso WLASSAK, *Praescriptio*, cit. *Z. d. S. S.* XXXIII, p. 95, e prima *Z.* cit. XXV, p. 139.

(3) GAIO, 4, 48: 'Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est'.

(4) Pei tentativi proposti a spiegazione di codesta regola cfr. I. PFAFF, *Zur Lehre von der condemnatio pecuniaria im*

Nelle formule corrispondenti ad azioni personali incerte si contiene la *demonstratio*, che consiste nella enunciazione del presupposto di fatto addotto a fondamento della pre-

---

röm. Formularprozess, Jurist. Vierteljahrschr. XXXIV, N. F. XVIII, 1902, p. 49 e segg.; SCHLOSSMANN, *Ueber die Geldkondemnation und die Grunde ihrer Einführung, Jahrb. f. die Dogm.*, XLVI, 1904. p. 321 e segg.; WENGER, *Formula*, nel PAULY-WISSOWA, *Realencycl.* VI, 2, col. 2859 e segg.

La condanna sarebbe stata in danaro già nel periodo delle *legis actiones*, secondo la geniale congettura del BRINI, *Della condanna nelle legis actiones, Arch. giur.*, XXI, 1878, p. 213 e segg. Nel passo di GAIO, 4, 48, che forma l' unica base a sostegno della *communis opinio*, secondo la quale nel detto periodo la condanna avrebbe avuto luogo *in ipsam rem*, egli propone di collocare un punto dopo *actum est*, e di leggere: ' Sicut olim fieri solebat aestimata re pecuniam eum condemnat '.

La risalenza della *condemnatio*, intesa quale imposizione della riparazione in danaro di una lesione patrimoniale, distinta così dalla *iudicatio* ricognizione di un certo diritto, è attestata dai ricordi relativi alla *condemnatio dupli* del *fur* (CATONE, *de re rust.*, praef.), ed alla *damnatio* che poteva sostituire *aestimata lite*, l'applicazione del talione (GELL., 20, 1, 38). È certo per altro che nell'antico processo il campo di applicazione della *condemnatio* era assai più circoscritto che nel processo formulare, in cui esso costituisce un elemento essenziale della massima parte delle formule; e che può concepirsi che si aprisse il processo esecutivo sulla base della *iudicatio* con cui si chiudeva la pronunzia del giudice sul *sacramentum* diretto ad una prestazione certa, o di quella con cui nell'*arbitrium liti aestimandae* era determinato l'oggetto della prestazione precedentemente contesa con quello. Cfr. GIRARD, *Hist. de l'org. iud.*, I, p. 91-2, n. 2.

Un tentativo degno di nota, per fissare il rapporto storico interceduto fra la *pronuntiatio* e la *condemnatio*, è stato proposto da un nostro giovane ed egregio studioso, il BETTI, *L'antitesi di iudicare e damnare nello svolgimento del proc. rom.*, nella *Rivista*

tesa (1); mentre essa non occorre e basta l'*intentio* nelle formule corrispondenti ad azioni personali dirette ad un *certum* e nelle formule corrispondenti ad azioni reali (2). Nelle formule corrispondenti ad azioni che mirano a far riconoscere giudizialmente fatti o rapporti costituenti il presupposto d'ulteriori pretese (e che, come tali, costituiscono schemi di *praeiudicia* rispetto a successivi *iudicia*) manca necessariamente la *condemnatio* e vi si contiene soltanto la *demonstratio* e l'*intentio* (3). Nelle formule invece corrispondenti ad azioni dirette alla risoluzione di uno stato di comunione ed alla ripartizione fra più persone delle cose che

---

ital. per le scienze giur. 1915; il quale giunge alla conclusione che la *damnatio*, estranea alla *l. a. sacramento*, sia sopraggiunta coll'*a. in factum* data dal magistrato innanzi alla *lex Aebutia* nei *iud. imperio continentia.* V. anche la diligente memoria dello stesso A. *Su la formula del processo civile romano*, estr. dal *Filangieri*, 1914, che prospetta utilmente lo stato odierno dei più salienti problemi relativi allo svolgimento storico della *formula* e delle singole parti di essa.

(1) Gaio, 4, 40.

(2) Gaio, 4, 33 : ' Intelligimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nolis dari oportere intendimus sua vi ac potestate valere '.

(3) Gaio, 4, 44. Che l'*intentio* fosse un elemento essenziale e costante di qualsivoglia formula è affermato dalla *communis opinio ;* ed è contraddetto solamente da qualche scrittore, che adduce ad esempio di formule sprovvedute d'*intentio* e munite solo di *demonstratio* e di *condemnatio* quella corrispondente all'*actio iniuriarum*. Così Karlowa, *Röm. Rechtsg.* II, p. 1332-3; Cuq, *Inst. Jurid.*, II, p. 736, n. 5, e con diffusa e convincente argomentazione Audibert, *Formules sans intentio, Mélanges P. F. Girard*, I, p. 35 e segg.

Formule sprovvedute d'*intentio* e contenenti solo la *demonstratio* avrebbero costituito, secondo una recente congettura, il

ne sono oggetto, manca pure la *condemnatio* ed interviene invece l'ordine del magistrato al giudice di attribuire ai singoli contendenti le cose appartenenti alla comunione, secondo giustizia (*adiudicatio*) (1).

18. L'ordine al giudice di pronunziare la *condemnatio* del convenuto, nel caso in cui risulti fondata l'*intentio* dell'attore o altrimenti di respingerla nel caso contrario, può apparire nella formula limitato da certe clausole, le quali vi costituiscano quelle parti che si designano col nome di *praescriptio* e di *exceptio*. La *praescriptio* è una clausola, colla quale il magistrato ordina al giudice di tener conto nella sua pronunzia di certe condizioni, la cui

---

punto di transizione, mediante la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, fra il processo delle *legis actiones* e quello formulare. Cfr. Arangio Ruiz, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, Cagliari, 1912, est. dagli *Studi economico giuridici*, 1912.

(1) Gaio, 4, 42.

L'Audibert, *L'evolution de la formule des actions familiae ercisc. et comm. dividundo*, nelle *Mélanges Ch. Appleton*, 1903; *Nouvelle Étude sur la formule des actions fam. erc. et comm. divid.*, *N. r. h. du dr. fr. et étr.* XXVIII, 1904, p. 273 e segg.; 401 e segg.; 649 e segg., ha dimostrato che la formula primitiva delle azioni divisorie non conferiva veramente al giudice altro potere che quello di *adiudicare* fra i condividenti, e che l'*intentio ex fide bona* che vi si riscontra nell'epoca classica non vi esisteva in origine, ed ebbe una genesi ed uno sviluppo indipendente dall'*adiudicatio* la quale formava il contenuto esclusivo e caratteristico di quella. Che l'inclusione di tali azioni fra quelle *bonae fidei* non appartenga ai giuristi classici, ma ai compilatori, ai quali è pure dovuta l'inclusione di esse nella categoria delle così dette *actiones mixtae*, si può riconoscere del pari come dimostrato.

esistenza valga a rendere ingiusta la reiezione dell'attore o la condanna del convenuto. La *praescriptio* rimane di viva applicazione, durante l'impero classico, solo a favore dell'attore (*pro actore*) (1); poichè le *praescriptiones* a favore del convenuto (*pro reo*) hanno messo capo in codesto tempo alle *exceptiones* (2); delle quali si è fatto cenno già più sopra (3).

Le *exceptiones* possono avere a fondamento dei rapporti riconosciuti dal *ius civile* (*exceptiones civiles*); ma, più spesso, hanno per fondamento dei rapporti che debbono la loro ricognizione all'editto pretorio (*exceptiones praetoriae* o *honorariae*) (4). Esse sono tuttavia pur sempre di creazione del pretore. Secondochè possano opporsi in perpetuo o solo per certo tempo si distinguono in *peremptoriae* o *perpetuae* e in *temporales* o *dilatoriae* (5). Du-

(1) Gaio, 4, 130-131.

(2) Gaio, 4, 133: 'Sed his quidem temporibus.... omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur. Olim autem quaedam et pro reo opponebantur, qualis illa erat praescriptio, *ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*' quae nunc in speciem exceptionis deducta est. 116: 'comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari'. Sopra il rapporto intercedente fra le *praescriptiones pro reo* e le *exceptiones* cfr. Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876; Wlassak, *Ea res agatur*, nelle *Mélanges P. F. Girard*, II, p. 615 e segg.

(3) V. sopra a p. 31.

(4) Gaio, 4, 118: 'Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accomodat. Quae omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt'.

(5) Gaio, 4, 120-122.

rante il periodo di cui ci occupiamo, ed in corrispondenza coll'effetto che in esso produce la *litis contestatio,* l'inserzione nella formula di una *exceptio dilatoria* produce un effetto non differente da quello a cui dà luogo l'inserzione di un'*exceptio perentoria* (1). Ugualmente in codesto periodo l'inserzione nella formula di una eccezione, colla quale il convenuto faccia valere di non esser tenuto alla prestazione richiesta dall'attore nella misura e nei termini dell'*intentio* e di doverla soltanto in una misura minore e diversa, ha per effetto la totale reiezione dell'attore, mancando in codesto periodo l'efficacia diminutoria delle eccezioni, quale sopraggiunge nel processo del tardo impero dopo l'abbandono delle formule (2). I rapporti costituenti titolo ad eccezioni dilatorie o diminutorie potevano, nel periodo di cui discorriamo, raggiungere l'effetto di differire l'esercizio dell'azione o di diminuire l'ammontare dell'*intentio* solo estragiudizialmente, in quanto il convenuto minacciasse di valersi di tali rapporti facendo inserire nelle formule le corrispondenti eccezioni, qualora l'attore non si acconciasse sotto la pressione di tale minaccia a differire o a ridurre la sua domanda (3).

---

(1) Gaio, 4, 123: 'Observandum est autem ei cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta'.

(2) Paolo, *D.*, 44, 1, 22: 'Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem'.

(3) Contro la dottrina che attribuisce al diritto classico l'efficacia parziaria delle eccezioni, propugnata fra noi dal Gandolfo, *La efficacia delle eccezioni parziarie nella procedura civile rom.*

All'*exceptio* oppostagli dal convenuto l'attore può contrapporre a sua volta una *replicatio*, eccezione alla eccezione (1).

19. In corrispondenza delle diverse fonti, alle quali è dovuta la ricognizione e la tutela dei diritti che intendono a far valere, ed in corrispondenza pure della diversa natura intrinseca di tali diritti, le varie *actiones* (e parimente le *formulae*, che dopo le leggi *Aebutia* e *Iuliae* vi corrispondono) si suddistinguono nelle scuole in certi gruppi.

Le *actiones* che intendono a far valere rapporti riconosciuti dalle leggi, o dalla *disputatio fori* o in seguito da altre fonti del *ius civile*, si comprendono nel gruppo delle *actiones civiles;* nel quale trovano la loro sede tutte quelle corrispondenti a rapporti che nell'antico processo si facevano valere col mezzo delle *legis actiones* (2).

Invece le *actiones* che intendono a far valere rapporti non riconosciuti dal *ius civile*, ma tutelati dal magistrato si comprendono nel gruppo di quelle *honorariae*.

---

classica, *Arch. giur.* 1887, p. 79 e segg., cfr. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, 1895, p. 337 e segg.

La partizione delle eccezioni in *exc. in rem* ed *in personam*, secondo che si possano opporre a chiunque sia per agire per un dato rapporto, o si possano opporre invece solamente a certi attori, è molto probabilmente di origine giustinianea. Il luogo al *D.* 44, 4, 4, 27 parrebbe alterato. Cfr. in tal senso le acute ricerche del ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al pactum de non petendo*, Perugia, 1913; nelle quali si dimostra la genesi giustinianea della partizione fra *p. de non petendo in rem* e *in personam*.

(1) GAIO, 4, 126 cit.

(2) GAIO, 4, 45.

20. Appartengono a codesto gruppo le azioni dirette ad una pretesa fondata sopra un presupposto analogo ad uno di quelli riconosciuti dal *ius civile,* ma che però non rientri nei termini precisi di esso: ad una pretesa a cui il magistrato procaccia tutela per mezzo di un estendimento da lui posto in atto del presupposto civile (*actiones utiles*) (1). Vi appartengono analogamente quelle dirette a pretese fondate su presupposti a cui manchi qualcuno degli elementi ed estremi richiesti dal *ius civile,* ed alle quali tuttavia il magistrato conceda la sua tutela in base alla finzione che tutti tali elementi ed estremi sussistano (*actiones ficticiae*) (2); e quelle che profittano ad una persona differente da colui che le esperisce, in grazia dell'ordine dato dal magistrato al giudice, nella formula che vi corrisponde, di pronunziare a favore della detta persona la condanna, nel caso che l'*intentio* dell'attore resulti fondata (3). Appartengono finalmente al gruppo delle *actiones honorariae* le *actiones in factum,* che corrispondono a pretese fondate su rapporti non ricollegabili per veruna guisa a quelli espressamente riconosciuti e protetti dal *ius civile,* ed ai

(1) Per la classicità della categoria delle *actiones utiles* cfr. Naber, *De actionibus utilibus ad exemplum legis Aquiliae, Mnemos.* XXVI, 1897, p. 272 e segg. E per interessanti rilievi intorno all'*a. utilis legis Aquiliae* classica, v. Rotondi, *La distinz. tra a. l. Aquiliae utilis e a. l. Aquiliae in factum,* in *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae,* estr. dagli *Annali della facoltà giur. di Perugia,* 1914, p. 44 e segg. Per la teorica delle *actiones utiles:* Alibrandi, *Delle azioni dirette ed utili,* nelle *Opere,* I, p. 149 e segg.

(2) Gaio, 4, 34-8.

(3) Gaio, 4, 35 (*a. Rutiliana* e *a. Serviana*); 4, 82-7 (rappresentanza giudiziale).

quali non si possa estendere pertanto per analogia o per finzione la tutela del detto *ius*; su rapporti che ottengono così dal magistrato tutela nuova ed autonoma. Codeste *actiones in factum conceptae,* anzichè recare la semplice affermazione di una pretesa concreta fondata sopra un presupposto corrispondente o ricollegabile ai termini del *ius civile* (*in ius conceptae*) debbono contenere l'indicazione del rapporto che l'attore adduce a fondamento della sua pretesa ed al quale il magistrato imprime la nuova tutela; e però nelle formule che vi corrispondono la *demonstratio* appare connessa e conglobata coll'*intentio* in atteggiamenti innumerevoli (1); mentre le dette formule debbono essere date dal magistrato di volta in volta, a differenza di quelle *in ius,* le quali figurano già nell'albo del pretore, di seguito agli *edicta.*

---

(1) Gaio, 4, 46: ' ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur.... innumerabiles eiusmodi aliae formulae in albo proponuntur '. Contro la dottrina propugnata dal Pokrowski, *Die actiones in factum des classischen Rechts, Z. d. S. S.*, XVI, 1895, p. 7-104; XX, 1899, p. 99 e segg., che identifica senz'altro il concetto di *a. in factum* con quello di *actio honoraria*, cfr. Erman, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure Consumption, Z.* cit., XIX, 1898, p. 261-360; *Noch einmal die actiones in factum, Z.* cit., XXIII, 1902, p. 445 e segg.; *Mélanges Appleton*, 1903, p. 203-304. Giustinianea si riconosce la categoria delle *actiones civiles in factum*, assimilate alla così detta *actio civilis incerti*. Cfr. Audibert, *L' expression civilis in factum, son caractere byzantin*, in *Mélanges Fitting*, I, p. 35 e segg. È invece discusso se debba ritenersi tale anche la figura dell'*actio praescriptis verbis*, esperibile per far valere rapporti, che non rientrassero nei termini di

Le *actiones civiles* sono di loro natura perpetue, mentre le *honorariae* sono esperibili solamente nel termine annuale precostituito ai poteri del magistrato che le ha concesse (1).

21. In corrispondenza colla varia natura del diritto che intendono a far valere, le *actiones* si distinguono in *actiones in personam* ed *in rem,* secondo che l'*intentio* della loro formula si diriga contro una persona determinata ed indicata espressamente per la prestazione ond'essa sola è tenuta, o affermi invece soltanto il diritto dell'attore sulla cosa, indicando il convenuto per la lesione che nel caso concreto egli ha commesso di tal diritto soltanto nella *condemnatio* (2). Le *actiones in personam* si designano anche col nome di *condictiones* e quelle *in rem* col nome di *vindicationes* o di *petitiones* (3).

---

quelli forniti di un *nomen iuris.* Contro il GRADENWITZ, *Interp.* p. 123 e segg. che si pronunzia per l'affermativa cfr. NABER, *De praescr. verbis actione, Mnem.* N. S. XXII, 1894, p. 70 e segg.; AUDIBERT, *Sur les differents noms de l'action praescr. verbis, Mélanges Girardin,* Paris, 1907, p. 21 e segg.; ed ora DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα, *storia e dottrina dei così detti contratti innominati,* I, Pavia, 1913, p. 39 e segg., che riconosce nell'*a. pr. verbis* una creazione postclassica, ma precedente a Giustiniano.

(1) GAIO, 4, 110.

(2) GAIO, 4, 2-3. Sopra la struttura delle *a. in rem* cfr. NABER, *Quid sit in rem actio, Mnem.* N. S. XXV, p. 322.

(3) GAIO, 4, 5; ULP., *D.* 50, 16, 178, 2. É di creazione giustinianea il gruppo delle *actiones quae mixtam causam optinere videntur tam in rem quem in personam.* (*Inst.* 4, 20). Cfr. AUDIBERT, *Nouvelle étude sur la formule des actions fam. erc.* ecc. *N. r. h.* cit. XXVIII, p. 649 e segg.; ARANGIO RUIZ, *Appunti sui giudizi divisorii, Riv. ital. per le scienze giur.* 1913, p. 223 e

22. In riguardo alla natura dei diritti controversi ed al rapporto in cui essi stanno con altri diritti già controversi o controvertibili, le *actiones* che vi corrispondono si distinguono secondo che siano o meno *praeiudiciales* rispetto ad altre (1).

In riguardo alla natura del diritto a cui corrispondono, le azioni *in personam* si distinguono pure in *privatae* e *populares;* secondo che il diritto stesso competa al singolo che le esperisce come tale, indipendentemente dalla sua condizione di appartenente alla *civitas:* o competa invece per ragione di tale appartenenza a lui, come ad ogni altro *de populo* (2).

---

segg.; ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità* ecc., *B. d. i. d. d. r.* XXVI, 1914, p. 96; al quale appartengono in particolare le azioni divisorie. Giustinianeo sembra del pari il gruppo delle così dette *actiones in rem scriptae*, comprendente quelle azioni personali originate da un rapporto obbligatorio, che possono però esperirsi contro qualunque persona si trovi in relazione colla cosa che ne é oggetto (*a. ad exhibendum, quod metus causa, aquae pluviae arcendae, interd. quod vi aut clam*) E cfr. EISELE, *Z. d. S. S.*, XXX, p. 107 e segg.

(1) GAIO, 4, 44.

(2) *Dig.* 47, 23: *De popularibus actionibus.*

Il tema ha una ricca letteratura, a cominciare dalla fondamentale memoria del BRUNS, *Z. f. R. G.* III, 1864, p. 241-415; *Klein. Schrift.* 1881, p. 313 e segg., tradotta dallo SCIALOIA, *Arch. giur.*, XXVIII, p. 166-214; XXIX, p. 279-306.

Il Bruns distinse fondamentalmente, fra le azioni che può intentare *quivis de populo*, due grandi classi: le azioni che perseguono la violazione d'un diritto spettante alla comunità organizzata a stato, come ente a sè, distinto essenzialmente dai singoli che la compongono, ma pur tuttavia da potersi esercitare da qualunque membro di questa, e le azioni che riguardano un

Le *actiones privatae* si suddistinguono poi pei classici secondo che *rem tantum persequuntur, poenam tantum perse-*

---

diritto del pari da esercitarsi da ogni membro delle comunità, ma non come proprio di questa quale ente a sè, distinto dai singoli, bensì invece come spettante al singolo, però in quanto esso è parte della comunità. Mentre adunque colle azioni del Bruns della prima classe si fa valere un diritto della comunità, quale distinta da ogni singolo membro di questa, con quelle della seconda il diritto che si fa valere è bensì pubblico, dacchè appartiene al singolo solo in quanto fa parte della comunità, ma è pure, ciò non ostante, un diritto suo proprio; e per conseguenza qui il provento dell'azione appartiene naturalmente al singolo attore, come reintegrazione d'un suo proprio diritto, mentre nelle altre azioni il provento spetta alla comunità, o, se è lasciato all'attore, non gli tocca altrimenti che a titolo di premio per l'attività impiegata nel tutelare i diritti di quella.

Le azioni che il singolo intenta a difesa di un diritto della comunità come ente a sè, il Bruns chiama procuratorie o popolari improprie, perchè *quivis de populo* agisce come procuratore della comunità e in seguito al comando e alla concessione del diritto positivo *populo dare damnas esto* e *cui volet actio petitio esto;* le altre con cui il singolo protegge un diritto che appartiene a lui, benchè come membro della comunità, sono invece pel Bruns le vere e proprie azioni popolari. Le prime, recate in varie fonti, la più parte leggi municipali, mirano a tener luogo dell'inattività o dell' imperfetta attività degli ufficiali per speciali funzioni pubbliche: colle altre, contenute negli editti pretorio ed edilizio e rivolte in ispecie alla tutela delle cose pubbliche, il singolo cittadino si fa vindice d'un proprio diritto. Le prime diconsi perciò dal Bruns anche popolari improprie legali, le seconde anche penali pretorie.

Si occuparono in seguito dell'argomento: MASCHKE, *Zur Theorie und Geschichte der Popularklage,* in *Z. d. S. S.* VI, 1895, pag. 226-50; COLONIEU, *Les actions populaires en droit romain,* Paris, 1888; PAALZOW, *Zur Lehre von den röm. Popularklage,*

quuntur, rem et poenam persequuntur (1). Il secondo di tali gruppi abbraccia le così dette *actiones poenales,* derivanti cioè da atto illecito ed intese a conseguire dall'autore una prestazione pecuniaria a titolo di *poena.* Il terzo abbraccia le azioni corrispondenti a certi crediti da contratto e da delitto, colle quali si può ripetere dal convenuto, in pena della sua *infitiatio,* il *duplum* del loro ammontare originario (2). Il primo abbraccia nel pensiero di Gaio tutte le azioni che derivano da un negozio qualsivoglia, e che mirano alla prestazione corrispondente al negozio. E però si distinguono da

---

Berlin, 1889, combattendo la partizione del Bruns, e sostenendo la natura procuratoria delle azioni popolari in generale. (V. a proposito di tali studi la mia nota nella *Riv. ital. per le scienze giur.* 1891); poi largamente e magistralmente il Fadda, *L'azione popolare,* vol. I Torino, 1894; e il Momnsen, *Die Popularklagen, Z. d. S. S.* XXIV, 1903, p. 1 e segg.; *Jurist. Schrift.,* III, p. 375 e legg.

(1) Gaio 4, 6-8.

(2) Che la categoria delle *actiones mixtae,* frapposta tra quella delle *poenales* e delle *reipersecutoriae,* costituisca una creazione giustinianea, fu affermato rapidamente dal Cuq, *Instit. jurid.* II p. 871, fu enunciato dal Perozzi, *Istituzioni di dir. rom.* II, p. 64, n. 2 (in una nota nella quale sono pure felicemente spiegate le ragioni pratiche che determinarono la categoria delle *actiones mixtae,* per ispiegare come non si applicassero i principi delle azioni penali a certe azioni rette altrimenti dalle discipline di queste); è dimostrato esaurientemente dall'Albertario, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva, B. d. i. d. r.* XXVI, 1914, p. 94 e segg. Interessanti contribuiti allo studio delle *actiones poenales* reca ora il Rotondi, *Dalla lex Aquilia all'art. 1151 Cod. civ.,* nella *Riv. del dir. comm.* XIV, 1916, p. 963 e segg. Intorno alle caratteristiche del concetto classico delle azioni penali v. pure. De Francisci, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva,* Milano, 1912.

quelle degli altri due gruppi, oltre che per l'oggetto, anche per la fonte. Costituiscono una sottospecie particolare delle *poenales* le *actiones* ' *quae ad ultionem pertinent, quae vindictam continent* (1), le così dette *actiones vindictam spirantes* nascenti del pari da atto illecito e dirette piuttosto ad una soddisfazione morale di una patita offesa, che al conseguimento di una *poena* avente natura e carattere di composizione patrimoniale.

Dagli atti illeciti commessi da persone soggette alla potestà altrui (servi e figlifamilia) derivano delle azioni particolari (*noxales*), per mezzo delle quali il danneggiato può conseguire dal titolare della potestà la consegna a titolo di espiazione o *noxa* dell'autore dell'atto lesivo, qualora esso titolare non voglia rispondere per l'ammontare della pena e dell'eventuale risarcimento (2).

23. Secondochè abbiano per oggetto la prestazione di un *certum* o di un *incertum,* e secondochè l'*intentio* della loro formula rechi l'indicazione di un *certum* o di un *incertum,* le *actiones in personam* si suddistinguono in *certae* ed *incertae* (3). Le *actiones in personam incertae,* nella cui formula sia indicato che l'attore pretende quanto gli è dovuto *ex fide bona,* ed attribuiscono pertanto al giudice nella *condemnatio* certa larghezza di apprezzamento e di poteri (quale gli manca nelle *actiones stricti iuris* che si dirigono ad un *certum*) costituiscono il gruppo delle *actiones bonae fidei;* per mezzo delle quali si venne operando nell'ultimo

(1) Paolo, *D.* 37, 6, 2, 4.

(2) Gaio 4, 75: ' noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere '.

(3) Gaio 4, 54.

secolo della repubblica, e via via nel corso dell'impero classico, la tutela di parecchie figure di contratti e di quasi contratti (1). Offrono con queste molta analogia le *actiones* nella cui formula sia rimesso al giudice di pronunziare la condanna pel *quantum bonum et aequum ei videbitur:* le così dette *actiones in bonum et aequum conceptae,* corrispondenti in genere a rapporti nei quali concorre con la valutazione d'interessi pecuniari il riguardo ad interessi morali. Appartengono a codeste *actiones* quella per mezzo della quale la donna divorziata ripete dal marito la restituzione della sua dote (*actio rei uxoriae),* quella corrispondente all'*iniuria* e quella data per la violazione di sepolcri (2).

24. Analoghe alle *actiones bonae fidei* sono le così dette *actiones arbitrariae;* nella cui formula è rimesso al giudice, nel caso che gli appaia fondata l'*intentio* dell'attore diretta alla prestazione ed alla restituzione di una data cosa, di ordinare al convenuto l'esecuzione di essa prestazione o re-

(1) *Arbitria* o *iudicia ex fide bona:* Cic. *de off.* 3, 17, 70; *de nat. deor.* 3, 30, 74; *Top.* 17, 65 (e cfr. in proposito il mio *Cicerone giureconsulto,* I, p. 168-9); Gaio 4, 62: 'Sunt autem bonae fidei iudicia (veluti) haec: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae'. Sopra lo svolgimento storico dei *iudicia bonae fidei* cfr. H. Krüger, *Zur Gesch. der Entstehung der bonae fidei iudicia, Z. d. S. S.* XI, 1890, p. 165 e segg.; Longo, *Sopra alcune generalizzazioni giustinianee in materia di giudizi di buona fede, Scritti in onore di L. Moriani,* I, p. 199 e segg.

(2) Per l'elenco delle così dette *actiones in bonum et aequum conceptae* cfr. Lenel, *Ed.* 2 Aufl. Sopra i tentativi proposti per ricollegare ad un fondamento comune i rapporti sostanziali a cui corrispondono cfr. Thomas, nella *N. r. h. du dr. fr. et etr.* XXV, 1901, p. 541 e segg.; Cuq, *Inst. jurid.* II, p. 739, n. 2.

stituzione, e di pronunziare la condanna in una somma di danaro corrispondente alla stima giurata fatta dall' attore stesso della cosa, o ad un multiplo di questa, soltanto nel caso in cui tale ordine non sia eseguito. Al novero di codeste *actiones arbitrariae,* che deviano dalle altre, in quanto conducono di tal guisa in modo indiretto alla esecuzione in natura della *condemnatio*, appartengono le azioni reali in generale, e, fra le personali, l'*actio quod metus causa*, *l'actio de dolo,* le azioni *Fabiana*, *Calvisiana*, *Pauliana,* l'azione nossale d'*iniuria*, l'azione *ad exhibendum,* l'*actio aquae pluviae arcendae* e l'*actio redhibitoria* (1).

---

(1) Contro la dottrina tradizionale, che ritiene risalente al processo dell' impero classico il gruppo delle *actiones* o *formulae arbitrariae*, aventi per comune elemento caratteristico l' ordine datovi al giudice di assolvere il convenuto, qualora questi soddisfi *in iudicio*, dietro suo invito, alla pretesa dell'attore, restituendo la cosa rivendicata, o esibendola se ripetuta coll'*actio ad exhibendum*, si è posto di recente il Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, I, Palermo, 1913. Questi ritiene che nel processo classico non siano esistite altre categorie di azioni, oltre a quelle *stricti iuris* e *bonae fidei ;* e pensa che le singole azioni rappresentate nelle fonti giustinianee col nome tecnico di *arbitrariae*, e nelle quali il convenuto poteva evitare la condanna soddisfacendo l'attore prima della sentenza, rientrassero pei classici nella categoria generale delle *actiones bonae fidei*, e non siano state raccolte in un gruppo a sè, sulla base del predetto elemento comune, che per opera di Giustiniano.

La classicità del gruppo delle *actiones arbitrariae* è stata riaffermata dal Lenel, *Zur Lehre von der actiones arbitrariae*, 1914 *(Festschr. f. R. Sohm) ;* il quale ribadisce l'assoluta certezza dell' integrazione *in factum et arbitraria* nel frammento *de formula fabiana ;* sostiene la genuinità delle parole '*haec actio cum arbitraria sit*' nel *D.* 4, 2, 14, 4; ed ammette che il luogo fondamentale delle *Inst.* 4, 6, 31, sulle *actiones arbitrariae id est ex*

25. Se l'*editio actionis* da parte dell'attore e l'opposizione del convenuto per via di negazione o di *exceptio*, costituiscono normalmente gli atti iniziali del processo *in iure*, vi possono essere tuttavia dei casi nei quali questo abbia principio con altri atti, diretti ad accertare certi dati, i quali costituiscano un presupposto essenziale della controversia a cui il processo medesimo si riferisce.

26. Così può avvenire che il processo s'inizi con un'interrogazione deferita dall'attore al convenuto, come p. es., trattandosi di agire contro chi appaia in veste di erede, per

---

arbitrio iudicis pendentes, sia stato bensì rimaneggiato dai compilatori giustinianei; ma non sia stato redatto da essi integralmente. Pel substrato classico di codesto luogo si era già pronunziato anche G. May, *Observ. sur les actions arb.*, *Mélanges Girard*, II, p. 151 e segg.; il quale ritiene per altro di tarda introduzione la designazione di *actiones arbitrariae* data agli strumenti processuali, di cui ivi si discorre. La designazione classica era, secondo ch'egli pensa, *formulae arbitrariae* (cfr. in ispecie a p. 159).

Profondamente diversa dalle altre *actiones arbitrariae* enumerate nel detto luogo è *l'actio de eo quod certo loco;* che secondo il Biondi, *Il fr. 8 D. de eo quod certo loco*, *B. d. i. d. d. r.* XXI, 1909, p. 222 e segg.; *Di nuovo sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, *B.* cit. XXVI, 1914, p. 5 e segg., sarebbe stata introdotta dal pretore, per dar modo al giudice di valutare l'interesse del convenuto ad eseguire il pagamento nel luogo promesso, e consentire all'attore di pretenderlo, scomputando tale interesse, in luogo diverso, senza incorrere nella *plus petitio loco;* e sarebbe stata trasformata poi da Giustiniano per guisa che il giudice potesse tener conto anche dell'interesse del creditore; mentre altri ritiene ch'essa costituisca una creazione dei compilatori (cfr. V. Arangio Ruiz, *Studi formulari*, *B. d. i. d. d. r.* XXV, 1912, p. 130 e segg).

conoscere se egli sia veramente tale *(an heres sit et ex qua parte)* (1); o, trattandosi di agire coll'azione nossale contro chi sia reputato padrone del servo autore del danno, per conoscere se esso servo appartenga veramente a lui (2). In tali casi l'esito negativo dell'interrogazione vale a dirimere senz'altro la controversia; mentre per contro la ricusa del convenuto a rispondere dà luogo di per sè a suo danno alle conseguenze più svantaggiose a cui porterebbe l'esito sfavorevole del giudizio relativo.

27. Anche può avvenire che il processo si inizi con un giuramento coattivo e decisorio, deferito dall'attore al convenuto o riferito da questo a quello. Esso ha luogo quando la controversia riguardi dei crediti aventi ad oggetto una somma certa, mutuata o dovuta in seguito a negozi formali, aventi la loro causa nel mutuo *(stipulatio, exspensilatio)* (3) o aventi ad oggetto opere di liberti (4); oppure riguardi dei crediti per somme dovute in conseguenza di un patto di *constitutum*, intervenuto fra debitore e creditore per una

---

(1) CALL., *D.* 11, 1, 1 pr.; ULP., fr. 9 pr. § 1; 11, § 1-4 *D.* cit.

(2) ULP, *D.* 9, 4, 21, 2; PAOLO, f. 22 § 4 *D.* cit. Sulla funzione dell'*interrogatio in iure* v. in particolare la bella appendice del CASTELLARI alla trad. del GLÜCK, *Commentario alle pandette*, vol. XI § 375, p. 54 e segg. Sulla natura pretoria delle azioni corrispondenti al fatto ammesso coll'*interrogatio* cfr. BETTI, *Le actiones ex responsione in iure nel processo civ. rom.*, *Atti della R. Acc. di Torino*, L, 1914-5, p. 389 e segg.

(3) ULP., *D.* 12, 2, 34, 6: 'Ait praetor: *eum a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam:* alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit a praetore'.

(4) ULP., *D.* 12, 2, 34 pr.

causa preesistente nell'intento di procacciare al debitore stesso un respiro (1), o dei crediti del marito verso la moglie divorziata a cui corrisponde l'*actio rerum amotarum* (2); o dei crediti dipendenti da delitti di servi perseguiti coll'azione nossale contro il *dominus*, e per quanto spetta siffatta qualità di *dominus* nel convenuto (3) e finalmente dei crediti corrispondenti alle più gravi specie di *iniuria* disciplinate dalla *lex Cornelia* (4).

Avvenuta in tali casi da parte del convenuto la prestazione del giuramento deferitogli, o da parte dell'attore quella del giuramento a lui riferito, la controversia è risolta senz'altro nel senso di questo (5); mentre la ricusa di prestarlo, o da parte del convenuto a cui sia deferito, o da parte dell'attore a cui sia riferito, implica di per sè la ricognizione della pretesa avversaria (6). Tutt'altro avveniva, qualora, all'infuori dei casi predetti, una delle parti contendenti avesse proposto all'altra di rimettere la risolu-

(1) Ulp., *D.* 12, 2, 36.
(2) Ulp., *D.* 25, 2, 11.
(3) Ulp., *D.* 9, 4, 21, 2.
(4) Ulp., *D.* 47, 10, 5, 8 e 11, 1.
(5) Eccezionalmente, fra i convenuti sopra ricordati, la donna perseguita coll'*actio rerum amotarum* non può riferire al marito il giuramento deferitole da questo: Ulp., *D.* 25, 2, 13. In genere la *facultas referendi* del convenuto è posteriore alla *facultas deferendi* dell'attore, e non è come questa fissata dall'editto, ma introdotta bensì da un posteriore svolgimento della giurisprudenza. Cfr. Biondi, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo, 1913, p. 43 e icit. ivi.
(6) Ulp., *D.* 44, 5, 1 pr.: ' Iusiurandum vicem rei iudicatae optinet non immerito, cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei iusiurandum '.

zione della controversia al giuramento da prestarsi intorno al fatto che ne costituisse il presupposto; non importando la ricusa di giurare opposta dalla parte, a cui il giuramento era deferito, veruna conseguenza nociva; ed importando altrimenti l'avvenuta prestazione del giuramento, non già senz'altro la risoluzione della controversia nel senso di questo, ma sì il soccorso di strumenti processuali per far valere la convenzione con cui le parti s'erano intese di rimettere all'esito di esso la controversia pendente fra di loro. In codesta sostanziale differenza di effetti si concreta il contrapposto fra il cosiddetto *iusiurandum necessarium,* ristretto tassativamente ai casi enumerati dianzi, ed il *iusiurandum voluntarium,* applicabile a qualunque controversia (1).

28. Può avvenire finalmente che lo svolgimento ulteriore del processo sia precluso da una *confessio in iure* del

(1) Fondamentali, intorno a codesto reciso contrapposto fra il giuramento decisorio ed il probatorio, sono gli studi del Demelius, *Schiedseid und Beweiseid im röm. Civilproz.*, 1887, precorsi fra noi dall'Alibrandi, *Opere giuridiche e storiche*, I, p. 155-6. Il Biondi, *Il giuramento decisorio*, cit., appuntandosi sopra la tipica applicazione del giuramento decisorio alle questioni relative a *credita pecunia*, sostiene che codesto istituto ebbe lo scopo di permettere al convenuto di evitare il processo e la relativa *poena sponsionis*, pagando la somma dovuta, oppure giurando *se dare non oportere;* ma che se pure ricusava di valersi di tal mezzo e non giurava *se dare non oportere*, nè pagava, il procedimento seguiva il proprio corso con tutti i suoi effetti normali; e parimente negli altri casi in cui esso si trova applicato ritiene che avesse pur sempre lo scopo di offrire al convenuto la possibilità di evitare gli svantaggi inerenti al processo. Egli contrasta essenzialmente al concetto che comunemente si professa intorno a codesto giuramento, nel senso che il conve-

convenuto stesso: nella quale si concreta nel più antico periodo una rinunzia di questo a contestare le ragioni fatte valere contro di lui dall'attore (1). Essa importa di per sè un definitivo esaurimento della controversia, se questa ha per oggetto una somma di danaro, mentre se ha per oggetto altre cose apre l'adito alla procedura di liquidazione (2).

---

nuto non sia libero di accettare o di ricusare la delazione; affermando che il suo rifiuto di prestarlo gli fa perdere solamente il vantaggio inerente alla possibilità di evitare la *poena sponsionis* ed i pregiudizi corrispondenti alle altre azioni per le quali ne è ammesso il ricorso.

Che il *iusiurandum necessarium* non fosse limitato tassativamente ai casi sopra accennati, come insegna il DEMELIUS, ma avesse applicazione generale, alle stesse azioni reali, fu sostenuto recentemente dal DEBRAY, *Contribution à l'étude du serment necessaire, N. r. h. du dr. fr. et étr.*, XXXII, 1908, p. 457 e segg.; ma ciò contrasta alle resultanze delle fonti. Cfr. BIONDI, *Giuram.* cit., p. 13-15.

(1) Sopra codesta natura e funzione della *confessio* nell'antico processo cfr. DEMELIUS, *Die Confessio im röm. Civilpr.* Graz, 1880, GIFFARD, *La confessio in iure*, Paris, 1900. Cfr. pure COLLINET, *L'histoire de la confessio in iure, N. r. h. du dr. fr. et etr.* XXIX, 1905, p. 171 e segg. La contesta invece il WLASSAK, *Z. d. S. S.*, XXV, p. 145 e segg.

(2) *Lex Rubria de Gallia Cisalp.* c. 21 e 22, e cfr. in proposito DEMELIUS, *Confessio* cit., p. 129 e segg. Dal rapporto a cui si riferisce la *confessio* deriverebbe, secondo una recente congettura, un'azione pretoria e *ficticia* concessa dal pretore in base al presupposto che veramente il detto rapporto esista: BETTI, *L'effetto della confessio e dell'infitiatio certae pecuniae nel proc. civ. rom.*, *Atti della R. Acc. di Torino*, L, 1914-15, p. 700 e segg.; *Le actiones ex confessione in iure del processo rom. classico*, *Atti del R. Ist. veneto*, LXXIV, 1915, p. 1453 e segg.

29. Contro provvedimenti presi dal magistrato nello stadio del processo *in iure* può intervenire, a soccorso della parte, che se ne ritenga ingiustamente danneggiata, l'*intercessio* di un altro magistrato superiore o collega, e più specialmente può intervenire l'*intercessio* dei tribuni della plebe, provocata dal contendente che ne abbia richiesto l'*auxilium*. Per mezzo dell'*auxilium* tribunizio i contendenti possono conseguire modificazioni delle formule, aggiornamenti di *iudicia*, coordinazione in questi di più questioni connesse; meno di frequente possono invece ottenere, specialmente dopo la fine della repubblica, revoche o modificazioni di provvedimenti presi dal pretore in corrispondenza delle statuizioni generali che si contengono nel suo editto (1).

---

(1) Cfr. LEFEVRE, *Du rôle des tribuns de la plebe en procedure civile*, Paris, 1910, p. 55 e segg.

Cap. III.

Il processo in iudicio.

1. La controversia dedotta davanti al magistrato *in iure*, e della quale colla *litis contestatio* sono fissati gli estremi in modo irrevocabile, è deferita al *iudicium* di un *iudex* (1)

---

(1) Per la risalente antichità dell' *unus iudex*, di fronte ai collegi di *iudices (centumviri, decemviri)* cfr. Wlassak, *Processg.* I, p. 363. Forse l' *unus iudex* era in origine uno dei *pontifices;* ed il *privatis praeesse*, che la tradizione rappresenta come ufficio di singoli annualmente delegati dai *pontifices*, consisteva probabilmente nell'esercizio dei *iudicia*. cfr. Bechmann, *Ueber die richterliche Thätigkeit der Pontifices im altröm. Civilprozess, Sitzungsber. der philos. philol. u. der hist. Klasse der Bayer. Akad. d. Wiss.* 1890, p. 149 e segg.

All' *unus iudex* esclusivamente ha riguardo la legge criminale citata da Gell. 20, 1, 7: 'quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur'; così come anche l'azione pretoria introdotta poi contro il giudice, che abbia recato danno ad un litigante col doloso o negligente esercizio del suo ufficio *(qui litem suam fecerit:* Gaio, *D.* 44, 7, 5, 4; 50, 13, 6). E al *iudex* accenna tuttora costantemente Plauto, a differenza di Terenzio, che traducendo dai modelli greci parla di *iudices*, così come bene avverte il Mommsen, *Röm. Strafr.* p. 177, n. 3 (trad. fr. I, p. 205, n. 1).

Caratteristica emergenza della natura arbitrale del *iudex* è la regola che '*in privatis negotiis pater filium vel filius patrem iudicem habere potest*': Afric. *D.* 5, 1, 77.

Sopra i requisiti necessari per fungere da *iudex* cfr. Paolo, *D.* 5, 1, 12, 2: 'Non..... omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent; quidam enim lege impediuntur ne

unico o di più giudici; in uno stadio del processo indipendente dal primo terminato colla *contestatio.*

---

iudices sint, quidam natura, quidam moribus; natura ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. lege impeditur, qui senatu motus est, moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur. 3. Qui possunt esse iudices, nihil interest in potestate an sui iuris sint'.

Nell' impero si trova stabilito come di regola che il giudice debba avere almeno 18 anni (Ulp., *D.* 42, 1, 57); benchè su questo fr. si elevino sospetti d' interpolazione dal Solazzi, *Minore età*, p. 235.

Una specie particolare di *iudex* era in origine l'*arbiter*, che forse differiva dal *iudex* in genere, per ciò che aveva per ufficio di risolvere sul luogo controversie insorte fra vicini, a proposito di regolamenti di confini, discipline delle acque e simili (Cfr. Eisele, *Beitr. zur röm. Rechtsg.* 1896, p. 1-12). In sullo scorcio della repubblica si designa col nome di *arbiter* il giudice, al quale è rimesso l' ufficio di conoscere di rapporti improntati alla buona fede (Cic., *pro Roscio com.* 4, 10; Seneca, *de benef.* 2, 7: 'huius libera et nullis astricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest et adiicere, et sententiam suam non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere'). Ma l'*arbiter*, al quale è rimesso il giudizio sugli *arbitria bonae fidei*, è pur sempre un *iudex;* e tali *arbitria* sono designati anche col nome di *iudicia* (*arbitria: de off.*, 3, 17, 70; *iudicia: de nat. deor.*, 3, 30, 74; *Top.*, 17, 66). Caratteristico, a significare l'assunzione del senso di *arbiter* sotto quello generico di *iudex*, è il luogo ciceroniano *pro Mur.*, 12, 27: 'illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines tam ingeniosos post tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum diem tertium an perendinum, iudicem an arbitrum, rem an litem dici oporteret'.

Nella letteratura relativa son da segnalare Matthias, *Die Entwicklung des röm. Schiedsgerichts, Festg. der Rostocher Juristenfak. z. Doctorjub. v. Windscheid*, 1888; Wlassak, *Arbiter*, nel Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, II, 1, c. 408-11.

2. *L'unus iudex,* scelto di volta in volta su accordo delle parti (1), costituisce ognora una caratteristica dei *iudicia* instaurati giusta le norme risalenti dei *mores* e delle *leges* in Roma e fra cittadini (*iudicia legitima*); contrapposti come tali a quelli che sono instaurati dal magistrato in forza del suo *imperium,* fra stranieri o fuori di Roma (2): ai *iudicia* che Gaio chiama *imperio continentia,* ed i frammenti d'Autun più semplicemente *imperialia iudicia;* i quali sono rimessi ad un collegio di *recuperatores,* tratti a sorte dal magistrato e ridotti di numero per effetto

(1) Cic., *Pro Cluent.* 43, 120 cit.: ' neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset '; *pro Caec.*, 2, 6: ' omnia iudicia aut distrahendarum controversiarum aut puniendorum maleficiorum causa reperta sunt, quorum alterum levius est, propterea quod et minus laedit et persaepe disceptatore domestico diiudicatur '.

Sul nome del *iudex,* che il magistrato ha incaricato del *iudicium,* le parti possono essersi trovate senz'altro concordi. Ma può anche avvenire che l'accordo sia stato raggiunto, dopo che il convenuto abbia ricusato *(refugere iudicem:* Cic., *pro Roscio com.* 15, 45) qualche nome proposto, elevando sospetti sulla sua equanimità (*iniquom eierare:* Cic., *de orat.* 2, 70, 285); o anche che sia stato impossibile raggiungere ogni accordo e sia stato necessario il ricorso alla sorte. Cfr. sopra a p. 38.

(2) Gaio, 4, 103-5; *Fragm. Augustodun.* 97-107: ' Saepe tractantes diximus quod . . . . . iudices non legitima sed imperialia iudicia dent '. Che *iudicia legitima* siano quelli costituiti giusta i termini risalenti delle *leges,* già sostenne il Mommsen, *Iudicium legitimum, Z. d. S. S.*, XII, 1891, p. 267 e segg.; *Jur. Schrift.* III, p. 356 e segg.; diversamente dal Wlassak, *Processgez.* I, p. 37 e segg.; *Ausschluss der Latiner* cit., *Z. d. S. S.*, XXVIII, p. 16; il quale ravvisa nei *i. legitima* quelli costituiti giusta i termini della *lex Aebutia* e delle *leges Iuliae.*

di successive ricuse dei contendenti. Poichè tuttavia codesti *recuperatores*, istituiti a giudicare fra stranieri (1) o fuor di Roma, esercitavano il loro ufficio con forme più libere e spedite di quelle osservate dai giudici ordinari, per cagione appunto di siffatta loro rapidità e scioltezza essi vennero assunti anche fra cittadini, per certe controversie che di natura loro richiedevano una sollecita risoluzione (2): come in particolare per quelle relative a risarcimenti dovuti in seguito a taluni delitti, quali il danneggio, la rapina, *l' iniuria*, e per le questioni possessorie (3).

---

(1) Festo, v. *recuperatio:* ' Recuperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur '.

L' unus iudex appartiene normalmente in antico al rango senatorio (Polib., 6, 17); mentre i *recuperatores* possono anche esser trascelti fra degli estranei al senato.

Sembra che, dopo costituite le liste dei *iudices* (comprendenti fra i Gracchi e Silla soltanto dei cavalieri, dopo Silla solo dei senatori, e colla *lex Aurelia* del 684 d. R. dei senatori, dei cavalieri, e dei *tribuni aerarii*) potessero tuttavia esser chiamate a fungere da *iudices* nelle controversie civili anche persone non comprese in tali liste; le quali valevano essenzialmente per le criminali *quaestiones*. Cfr. Zumpt, *Das Criminalr. der Römer*, II, 2, p. 133 e 521. Per l'epoca ciceroniana v. il mio *Cicerone giureconsulto*, III, p. 32-3.

(2) Cic., *de inv.* 2, 20, 60: ' Ratio: Non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri. Infirmatio rationis: ' Eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis indignum sit non primo quoque tempore iudicari '.

(3) Sulla determinazione dei singoli oggetti di competenza dei *recuperatores* cfr. in particolare Padelletti, *I giudici nel processo civile romano, Arch. giur.*, XV, p. 523 e segg.; Eisele, *Recuperatores*, in *Beitr.* cit., p. 37 e segg.; Girard, *Histoire de*

Fra cittadini si trovano pure stabilite per certe controversie delle competenze speciali di collegi stabili di giudici: dei *decemviri litibus iudicandis* (1) per le questioni di libertà, e dei *centumviri* per le questioni ereditarie (2).

Allorchè interviene l'*unus iudex*, egli è assistito nell' esercizio del suo ufficio da un *consilium* formato di persone di sua fiducia; analogo a quello che assiste il magistrato anche nell' esercizio della *iurisdictio*, come in ogni altra funzione magistratuale (3).

---

l'organis. jud., I, p. 89 e segg.; WENGER, v. *reciperatio*, nel PAULY WISSOWA, *Realencycl.* I. A. I., c. 405-33.

A giudicare del *furtum* GAIO, 4, 37, fa intervenire il *iudex;* e così anche per l'*iniuria* (3, 224) come già l'AUCT. AD HERENN. 2, 13, 19; mentre CIC., *de inv.*, 2, 20, 60 cit.; e GELL. 20, 1, 13, rappresentano il giudizio sull'*iniuria* deferito a dei *recuperatores*. Il GIRARD, *Les jurés de action d' injures, Mélanges Girardin*, p. 255 e segg., limita peraltro l' intervento dei *recuperatores* alle sole *iniuriae* consistenti nella *verberatio* e nella *pulsatio*. Certamente a *recuperatores* fu deferito il giudizio sopra l'*a. vi bonorum raptorum*, dallo stesso pretore Lucullo, che l'introdusse (CIC., *pro Tull.*, 10, 41). I *recuperatores* intervengono poi normalmente a giudicare intorno alle azioni popolari esperite contro gli autori di danneggiamenti o violazioni di cose pubbliche o sacre. Cfr. MOMMSEN, *Strafr.*, p. 178-9 (trad. franc. I, p. 206-7).

(1) Cfr. VOIGT, *Ueber die centumviri iud. decemviri und decemviri stlit. iud.*, negli *Studi in onore di C. Fadda*, I, p. 147 e segg.; KÜBLER, *Decemviri*, nel PAULY-WISSOWA, *Realencycl.*, IV, 2, c. 1256-65.

(2) Cfr. la n. precedente ed aggiungi: JOBBÉ DUVAL, *Explic. du n. 173 du livre 1 de Oratore de Ciceron, N. r. h. de dr. fr. et étr.*, XXVIII, p. 537 e segg.; XXIX, p. 9 e segg.; WLASSAK, *Centumviri*, nel PAULY WISSOWA, *Realencycl.* III, 2, c. 1935-1952.

(3) Cfr. CIC., *pro Quinct.*, 1, 5; 2, 5; 2, 10; 6, 22; 10, 36; 25, 79; 30, 91; *ad fam.* 7, 2. Cfr. specialmente HITZIG, *Die Assessoren der röm. Magistrate und Richter*, München, 1893.

3. Il *iudicium* può aver luogo in qualunque giorno anche non fasto; ma deve esso pure avvenire, come il processo *in iure*, in pubblico, ed alla presenza delle parti. L'assenza ingiustificata di una di queste ha costantemente per conseguenza, per tutto il periodo classico, la vittoria della parte presente (1).

4. Il *iudicium* s' iniziava durante il periodo delle *legis actiones* con una *causae coniectio,* ossia con un riassunto che le parti facevano, nel cospetto dei *testes* già presenti alla *litis contestatio,* della controversia concretatasi in questa (2); riassunto che però divenne inutile nel successivo periodo formulare, nel quale il giudice era sufficientemente illuminato per l'esaurimento del suo ufficio dalle indicazioni che gli forniva la formula.

Il *iudicium* si svolge, sia durante quel più antico periodo, sia nel più recente, colla esposizione orale, da parte dei litiganti o dei loro assistenti e patroni, delle rispettive

---

(1) *Lex duod. tabul.*, 1, 7-8: ' Com peroranto ambo praesentes. Post meridiem praesenti litem addicito '.

Che codesta norma sia persistita tuttora durante il periodo del processo formulare è oggidì comunemente ammesso. Confronta WLASSAK, *Absentia,* nel PAULY-WISSOWA, *Realencycl.*, I, 1, c. 121; KIPP, *Eremodicium, Ibid.*, VI, 1, c. 417; PETOT, *Le défaut in iudicio dans la procedure ord. rom.*, Paris, 1912.

(2) GAIO, 4, 15: ' Postea... quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant. deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio '; PSEUDO ASCON., *in Verr.*, 1, 2, 26.

ragioni e colla presentazione degli elementi di prova idonei ad accertare l'esistenza dei presupposti di queste (1).

Tali elementi di prova, che si comprendono col nome generico di *testimonia* (2), e poi di *instrumenta* (3), possono consistere nelle dichiarazioni di *testes* addotti dalle parti, o in documenti scritti da esse prodotti. Le dichiarazioni di *testes* serbano peraltro un deciso predominio

---

(1) L'immanenza all'ufficio di giudice, del dovere di ascoltare entrambi i contendenti e di desumere da codesta diretta notizia della loro contesa un elemento fondamentale del suo giudizio, è ritratta anche in alcuni versi, che si rappresentano cantati alla morte di Claudio nell'*Apocolocuntosis divi Claudi* (Bücheler, *Petronii satiricon* etc., Berol., 1882, p. 234): attribuita a Seneca (recentemente ricordati pure dal Cuq, *Trois nouveaux docum. sur les cognitiones Caesarianae, N. r. h. de dr. fr. et étr.*, XXIII, 1899, p. 110 e segg.; che però li riferisce all'esercizio della giurisdizione penale):

> Deflete virum, quo non alius
> potuit citius discere causas
> una tantum parte audita,
> saepe ne utra. Quis nunc iudex
> toto litis audiet anno?

Esse costituiscono una sincera manifestazione della coscienza popolare, relativamente al modo con cui debbono essere in generale esercitati i giudizi, ed ai doveri che incombono a coloro che li assumono; ed hanno in proposito valore tanto più spiccato, in quanto vi si appone la violazione di essi ad un *iudex*, che per la potestà ond'era investito, poteva ritenersi esente dall'osservanza delle norme ordinarie.

(2) Cic., *Top.* 19, 73: 'Testimonium nunc dicimus omne, quod ab aliqua re externa sumitur ad faciendam fidem'.

(3) Paolo, *D.* 22, 4, 1: 'Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest; et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur'.

sopra i documenti, tuttora in sullo scorcio della repubblica, e cioè nel tempo in cui pure, al contatto colle provincie grecizzanti, l'uso della scrittura a documento dei più svariati negozi della vita giuridica aveva già assunto larghissima diffusione (1).

Può anche costituire elemento di prova il giuramento volontario, deferito o riferito da un litigante all'altro (2). Il giudice ha però la più assoluta libertà di apprezzamento, sia nel valutare la contenenza del giuramento prestato, sia nell'apprezzare la ricusa di prestarlo, opposta

---

(1) Cic., *pro Arch.*, 4, 8: 'est ridiculum.... cum habeas amplissimi viri religionem, integerrimi municipii ius iurandum fidemque, ea, quae depravari nullo modo possunt repudiare, tabulas quas idem dicis solere currumpi, desiderare'.

Intorno alle ragioni della diffidenza che inspirava in genere la prova per documento v. Erman, *La falsification des actes dans l'antiquité*, *Mélanges Nicole*, 1905, p. 111 e segg.; *Zum antiken Urkundenwesen*, *Z. d. S. S.* XXVI, 1905, p. 456 e segg.

Disposizioni del genere di quella contenuta nella *lex Coloniae Genet. Iuliae*, c. 95, colla quale è circoscritto entro certi limiti il numero dei testimoni che possono essere citati '*in iudicia singula*', e costretti a deporre, si riferiscono certamente a giudizi criminali, pei quali soli la prestazione della testimonianza era nell'epoca classica obbligatoria: '*dum ne omnino amplius homines XX in iudicia singula testimonium dicere cogantur*'.

(2) Ben distinto dal giuramento deferito *in iudicio* da una delle parti all'altra, avente carattere prettamente volontario, e le cui resultanze sono valutabili dal giudice colla libertà connaturale al suo *officium*, è il giuramento così detto *iudiciale*, rimesso *ex officio iudicis*, dal giudice stesso ad una delle parti, come strumento suppletorio di prova. Che questo sia estraneo al processo classico, ed appartenga soltanto alla pratica tarda di poco precedente a Giustiniano, par dimostrato in guisa convincente dal Biondi, *Il giuram. decisorio* cit., p. 74 e segg.

dal litigante a cui è deferito. Ed eguale libertà egli ha nel valutare il valore delle testimonianze prodotte dalle parti e dei documenti da esse presentati (1). Più ancora, egli può formare il proprio convincimento sulla base di semplici presunzioni logiche, che gli si offrano indirettamente *(argumenta)* (2) dai dati della causa; e persino può trarre fondamento al suo giudizio esclusivamente dalla notoria onorabilità dei litiganti e dalla loro incapacità morale di affermare, sia pure nel proprio interesse, cose non vere (3).

---

(1) Cic., *Top.* 19, 73: ' Persona autem non qualiscumque est testimonii pondus habet '.

(2) Cic., *pro Scaur.* 8, 16: ' testis.... fingi flecti potest; dominus est ipse voluntatis suae, in quo est impunita mentiendi licentia. Argumentum vero, quod quidem est proprium rei.... rerum vox est, ... maneat inmutabile necesse est; non enim fingitur ab oratore sed sumitur '; *de re publ.* 1, 38, 59: ' apud me, ut apud bonum iudicem, argumenta plus quam testes valent '; Quint., *Inst. or.* 5, 7, 33: ' Saepe inter testes et argumenta quaesitum est. Inde scientiam in testibus et religionem, ingenia esse in argumentis dicitur; hinc testem gratia, metu, pecunia, ira, odio, amicitia, ambitu fieri; argumenta ex natura duci, in his iudicem sibi, in illis alii credere '.

(3) Gell., 14, 2, 21: ' Quod autem ad pecuniam pertinet, quam apud iudicem peti dixisti, suadeo hercle tibi (Favorino filosofo a Gellio che, eletto giudice in una causa in cui un uomo onesto pretendeva da un disonesto come dovutagli una somma, senza aver mezzo di provare il suo credito nè con testimoni nè con scritture, lo interpellava circa il modo con cui comportarsi) utare M. Catonis prudentissimi viri consilio, qui in oratione, quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si, quod inter duos actum est, neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melior esset, quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum

Codesta libertà assoluta lasciata al giudice, circa i mezzi coi quali egli può formare il proprio convincimento e l'apprezzamento che può dare alle risultanze di ciascuno di questi, costituisce una naturale emergenza del carattere del suo ufficio arbitrale; che egli esercita essenzialmente sulla base di un contratto delle parti, e quale fiduciario di entrambe. Tale carattere non consente limitazioni e discipline nel valore degli strumenti probatori, quali intervengono invece nel periodo successivo, allorchè il giudice magistrato assume a nome dello Stato ed in rappresentanza di questo l' ufficio di attuare la giustizia.

5. Mentre il giuramento, alla cui prestazione le parti si possono sfidare reciprocamente nel cospetto del giudice, ha per oggetto l'esistenza dei presupposti di fatto della controversia, può il giudice stesso in talune controversie invitare l'attore a prestare egli un *iusiurandum in litem,* sopra il valore della prestazione da lui pretesa: *iusiurandum*, che gli giova a fissare un criterio sull'oggetto della eventuale *condemnatio*. Tale *iusiurandum* ha luogo nei giudizi provocati dalle azioni *bonae fidei* e dalle azioni *in rem* arbitrarie, e nel giudizio provocato dall'*a. ad exhibendum* (1) e, forse solo nel diritto tardo, anche nei giudizi corrispondenti ad azioni *stricti iuris*, quando la specie dovuta fosse

---

illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. In hac autem causa, de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res est inter duos acta sine testibus. Eas igitur et credas ei, qui petit, condemnesque eum, de quo petitur, quoniam, sicuti dicis, duo pares non sunt et qui petit melior est '.

(1) Marc. *D.* 12, 3, 5 pr.

perita per fatto del convenuto e dopo ch'egli era in mora nel prestarla (1). Il resultato di questo *iusiurandum* non impegna peraltro il giudice ad attenervisi (2); così come non lo impegna il giuramento prestato da una delle parti, su invito dell'altra, intorno ai detti presupposti.

6. All' esaurimento del *iudicium* deferito al giudice non sembra che fosse prefisso nel periodo delle *legis actiones* un dato spazio di tempo, se esso apparteneva al novero di quelli costituiti secondo le norme risalenti del *ius civile* (*iudicia legitima*). Solamente i *iudicia* costituiti d'autorità dal magistrato, in forza del suo *imperium*, senza concorso dei tre elementi essenziali ai *legitima* (e cioè i *iudicia* costituiti fra cittadini davanti a dei *recuperatores*, anzichè davanti all'*unus iudex*, oppure nei quali intervenga un non cittadino, o che altrimenti abbian luogo *extra primum urbis Romae miliarium*) gli *imperio continentia* o *imperialia iudicia* (3), si dovevano esaurire entro il periodo di tempo prefisso ai poteri dello stesso magistrato che li aveva costituiti. Per codesti *iudicia imperio continentia* persistette inalterata anche nel periodo formulare la regola che *tam*

---

(1) Cfr. sulle probabili interpolazioni del § 4 del cit. luogo *D.* 12, 3, 5: Marchi, *Il giuramento in lite e la stima della cosa perita nei giudizi di stretto dir.*, negli *Studi in onore di V. Scialoja*, 1905, I, p. 165 e segg.; il quale suppone ragionevolmente che nel diritto classico, in caso di perimento della specie dovuta, la condanna del giudice dovesse essere nel valore che questa aveva innanzi di perire.

(2) Marc. *D.* 12, 3, 5, 1-3. Sopra codesto luogo cfr. in particolare Solazzi, *Del iusiurandum in litem*, *Arch. giur.* LXV, 1900, p. 147 e segg.

(3) Gaio, 4, 103-105; *Fragm. Augustodun.* 97-103 cit.

diu valent quam diu is qui ea praecepit imperium habebit (1); mentre pei *iudicia legitima* la legge Giulia giudiziaria introdusse la norma che dovessero esaurirsi in un anno e mezzo (2). Trascorsi codesti termini la lite si perime; e poichè la *litis contestatio,* nella quale si è concretato il *iudicium,* ha portato all'estinzione della corrispondente pretesa, l'attore si trova privato d'ogni mezzo per farla valere mai più, all' infuori del caso in cui intervengano a suo favore i termini per conseguire la *in integrum restitutio.*

7. Il giudice, al quale è deferito il *iudicium*, non è obbligato a pronunciare su di questo la sentenza, qualora gli elementi di prova che gli sono forniti non gli paiano sufficienti per formarsi intorno ai presupposti di fatto della pretesa dell' attore un sicuro convincimento. Può giurare *sibi non liquere*; ed in seguito a ciò il magistrato procede alla sostituzione di lui con un giudice nuovo; così come vi procede, qualora essendo il giudizio deferito, anzichè ad un giudice unico, ad un collegio di giudici, avvenga che parecchi di questi giurino parimente *sibi non liquere*, per guisa da non lasciar luogo ad un numero sufficiente a formare in uno o in altro senso la maggioranza (3).

8. Qualora invece, in base agli elementi di cui dispone, il giudice riesca a formarsi un convincimento, egli emana nel senso di questo la sua *sententia* (4). La sentenza dev' es-

(1) Gaio, 4, 105; *Fragm.* cit. 100.

(2) Gaio, 4, 104 cit.; *Fragm.* cit. 99.

(3) Gell., 14, 2, 25; Paolo, *D.* 42, 1, 36.

(4) Il significato originario di *sententia*, opinione o parere, è stato addotto a conforto della congettura che in origine la pronunzia del giudice divenisse obbligatoria fra le parti solo in

sere pronunziata oralmente e nel cospetto delle parti (1); ma non richiede l' osservanza di certe forme, nè corredo di motivazione (2).

Il contenuto della sentenza è improntato necessariamente ai termini della controversia definiti nella *litis contestatio;* e però, fino a tanto che questa si concreta nella sfida reciproca dei litiganti al *sacramentum* del *iudex,* consiste semplicemente nella *pronuntiatio* sopra la giustizia del *sacramentum* dell'attore; e solo mediatamente dà luogo alla statuizione del diritto di lui ad ottenere dal convenuto la prestazione dovutagli o il suo valore (3). Quando più tardi i termini della controversia definiti nella *litis contestatio* sono concretati nella formula redatta dal magistrato, ed in questa si rimette al *iudex* di pronunziare la *condemnatio* del convenuto in una certa somma, qualora l' *intentio* dell'attore gli resulti fondata, la sentenza di esso *iudex* deve attenersi nella *condemnatio* agli elementi precisamente stabiliti nella detta formula.

---

seguito a conferma del magistrato. Cfr. BECHMANN, *Ueber die richterl. Thätigk. der Pontifices* cit., nei *Sitzungsb. der K. bayer. Akad. d. Wiss.*, 1890, p. 149 e segg. Ma non sembra che il carattere arbitrale del *iudicium* comporti siffatta conferma; mentre l'obbligatorietà anche della semplice opinione del *iudex* si spiega col contratto col quale le parti si sono rimesse a lui.

(1) PAOLO, *D.* 42, 1, 47 pr.: ' De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet; aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet '.

(2) ULP., *D.* 42, 1, 59 pr.: ' In summa sufficiet, si expresserit iudex summam in sententia solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit '.

(3) Cfr. BETTI, *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, Roma, 1915.

Se pertanto nella *litis contestatio,* e nella formula che vi corrisponde, la pretesa dell'attore sia indicata come fondata su un presupposto differente da quello che resulti essere il vero *(falsa demonstratio)*: o intenda ad un oggetto differente da quello che resulti effettivamente dovuto *(aliud pro alio)* il giudice non può a meno di respingere l' istanza dell'attore; salvo a questo il diritto di presentare un'altra e distinta azione fondata sul presupposto vero ed intesa all'oggetto veramente dovutogli (1). Parimente se nella *condemnatio* della formula è indicato un'ammontare inferiore a quello che resulta effettivamente dovuto all'attore *(minus petitio)* il giudice non può condannare il convenuto nella misura di ciò che resulta così dovuto; ma deve limitarsi a condannarlo nei termini indicati nella *condemnatio:* salva all'attore la facoltà di ripetere dal convenuto il rimanente, per mezzo di una nuova e distinta azione, esperibile però soltanto dinanzi ad un nuovo magistrato succeduto a quello che emanò la prima formula (2). Se per contrario nella formula sia indicata una pretesa dell'attore più gravosa pel convenuto di quella a cui resulti ch'egli abbia effettivamente diritto, o per la cosa che ne è oggetto, o per il titolo in base al quale è richiesta, o per il termine, o per il luogo in cui è richiesta, e la formula reca così una *plus petitio (re, causa, tempore, loco),* il giudice si trova nella necessità di respingere intieramente cotale pretesa; e non ha facoltà di accoglierla entro quei termini che gli resultino corrispondenti a giustizia (3). La stessa esecuzione della prestazione oggetto della controversia,

(1) Gaio, 4, 55, 58-60.
(2) Gaio, 4, 56 e 122.
(3) Gaio, 4, 53-4.

avvenuta per fatto spontaneo del convenuto, dopo che su di questa aveva già avuto luogo la *litis contestatio,* non aveva alcun valore di fronte al giudice; il quale doveva condannare costui nella somma di denaro oggetto della *condemnatio,* se la pretesa dell'attore rimasta insoddisfatta fino al momento della *contestatio* gli resultasse fondata. Solamente nell' impero, e per influenza della scuola dei giuristi sabiniani, prevalse la regola opposta *(omnia iudicia sunt absolutoria)* inspirata ad un concetto meno rigoroso e meno corretto della *litis contestatio* e della sua efficacia novatoria (1).

9. La *sententia,* pronunziata dal giudice, entro i termini delle facoltà a lui rimesse dal magistrato, costituisce fra le parti, rispetto alla controversia che era oggetto del *iudicium,* la *res iudicata.* Essa dà luogo per l'attore vittorioso alla facoltà di procedere esecutivamente contro il convenuto soccombente, per ottenerne la prestazione della *condemnatio* (2); così come dà luogo viceversa pel convenuto assolto ad una eccezione, che egli può opporre all'attore, in ogni caso in cui questi torni a far valere contro di lui la pretesa che la sentenza ha respinto (*exceptio rei iudicatae)* (3). Cotesto effetto negativo della *res iudicata* costituisce dapprima una semplice emergenza dell'effetto estintivo della *litis contestatio,* che importa necessariamente l' improponibilità ulteriore di un diritto già consumato dalla sua deduzione nel *iudicium.* Ed ha un fondamento preva-

(1) Gaio, 4, 114.

(2) Cfr. più oltre il cap. III, pag. 87 e segg.

(3) Sopra il rapporto fra l'*exceptio rei iudicatae* e *l'exceptio rei in iudicium deductae* cfr. sopra a p. 42.

lentemente privatistico, nella irretrattabilità di un rapporto dipendente da una contrattazione liberamente conclusa. Durante l'epoca classica tuttavia il senso della *res iudicata* e dei suoi effetti si viene elevando verso la visione delle esigenze sociali e politiche, che impongono il rispetto delle decisioni seguite colle forme legalmente precostituite, così delle civili controversie, come dei procedimenti criminali (1).

10. Alla condanna del convenuto nella somma prestabilita nella formula, oppure nella somma lasciata alla libera valutazione del giudice, si accompagnano in talune azioni delle conseguenze di carattere penale, in considerazione della *temeritas* di cui il convenuto ha dato prova, rifiutandosi di adempiere spontaneamente all'obbligazione ond'era tenuto e costringendo il creditore a convenirlo per questa giudizialmente. Così in particolare il convenuto coll'*actio iudicati,* per l'esecuzione di un giudizio già terminato colla sentenza, e che resista all'attore vittorioso eccependo la nullità di questa; il debitore principale convenuto coll'*actio depensi* dal suo garante per la restituzione della somma pagata per lui; l'autore di un danneggio convenuto coll'*actio legis Aquiliae;* l'erede convenuto per la prestazione d' un legato *per damnationem* impostogli dal

(1) Intorno a codesto svolgimento cfr. in particolare Esmein, *L'effet relativ de la chose jugée, Mélanges Girardin,* 1907, p. 229 e segg.; Weiss, *Rechtskraft und Einrede, Festschr. f. A. Wach,* Leipzig, 1913, II, p. 203 e segg. Degno di nota è nel sec. I d. C. il *Decretum proc. Sardiniae de fin. Patulc.* (Bruns, p. 231; Girard, p. 165; Riccobono, p. 256): 'Cum pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat et de caussa Patulcensium M. Iuventius Rixa.... procurator Augusti saepius pronuntiaverit....'.

testatore : tutti costoro incontrano, in seguito alla condanna, l'obbligazione di prestare il *duplum* dell'oggetto a cui l'istanza dell'attore si riferiva *(lis infitiando crescit in duplum)* (1).

Parimente colui che sia convenuto per la prestazione di una somma certa, dovuta in forza di un mutuo o di un negozio formale a cui sottostia un mutuo effettivo o fittizio, può essere costretto dall'attore a promettere, a titolo di penale, il terzo della somma a cui la sua pretesa si riferisce, qualora questa sia riconosciuta fondata

(1) GAIO, 4, 9: 'Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt'; 171: 'adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati ecc.'.

La *communis opinio* è nel senso che la condanna corrispondente a codeste quattro azioni sia sempre nel *duplum*. Non manca peraltro chi attribuisce ad *infitiari* un valore particolare, importante un disconoscimento temerario del credito vantato dall'attore; e ritiene che quando non intervenga l' *infitiari* così inteso la condanna possa essere *in simplum*. Così per l' *actio iudicati* il WENGER, *Zur Lehre von der Actio iudicati*, p. 21 e segg.; e per tutte e quattro le azioni accennate il THOMAS, *La condemnatio in simplum dans les actions quae crescunt in duplum adversus infitiantem*, *N. r. h. du dr. fr. et étr.* XXVII, 1903, p. 579 e segg. Sopra le congetture proposte intorno agli effetti del *confiteri in iure*, riferito alle ragioni obbligatorie a cui corrispondono le quattro azioni accennate, ed alla genesi ed alla portata di azioni *adversus confitentem*, si possono vedere utilmente i saggi di E. BETTI, *Le actiones ex confessione in iure del processo romano classico*, *Atti del R. Ist. Veneto*, LXXIV, 1914-15, p. 1453 e segg. cit.; *Studi sulla litis aestimatio del proc. civile rom.* II: *Le actiones quibus et rem et poenam persequimur*, Città di Castello, 1915.

(nell'atto medesimo in cui egli si offre a sua volta di promettere altrettanto pel caso in cui la sua pretesa sia respinta: *sponsio* e *restipulatio tertiae partis*). In guisa analoga chi sia convenuto per una somma, dovuta già per una causa precedente che formi poi oggetto di un patto *de constituta pecunia,* può essere costretto a promettere la metà di questa, dall'attore che si offre a promettere altrettanto nel caso di sua sconfitta (*sponsio* e *restipulatio dimidiae partis* (1).

11. In ogni altro caso, in cui non trovi ricorso la regola circa l'*infitiatio,* o in cui non sia applicabile la *sponsio* e *restipulatio tertiae* o *dimidiae partis*, l'attore può esigere dal convenuto, che resista alla sua pretesa, il *ius iurandum calumniae;* col quale s' impegna di non contrastare a questa in mala fede, ma sì colla coscienza della sua obbiettiva ingiustizia (2).

A sua volta il convenuto può esigere del pari dall'attore codesto stesso *iusiurandum.* Ed anche può, se il giudizio sia terminato favorevolmente per lui e colla reiezione dell'attore, esperire contro di questo un *iudicium calumniae*, assumendo di dimostrare che abbia agito in mala fede, conscio della obbiettiva ingiustizia della sua pretesa (3).

---

(1) Gaio, 4, 171: ' ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae '.

(2) Gaio, 4, 172: ' Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur iniungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere *non calumniae causa infitias ire* '. Cfr. 176.

(3) Gaio, 4, 175: ' Et quidem calumniae iudicium adversus

Al convenuto con certe azioni (quali ad es. l'*actio iniuriarum*) si concede pure di procedere contro l'attore respinto, oltre che col *iudicium calumniae* (1), con un *contrarium iudicium;* le cui conseguenze sono più gravose, per ciò ch'esso porta alla condanna del detto attore, indipendentemente dal presupposto di mala fede in lui esistita nell'atto di esperire l'azione; ed ha inoltre per oggetto di solito la prestazione di un quinto del valore della cosa litigiosa, anzichè di un decimo (2).

12. La condanna del convenuto con certe azioni corrispondenti a taluni rapporti contrattuali e a taluni delitti, la quale, pel carattere stesso di questi, implichi l'accertamento in lui di una civile indegnità, ha per conseguenza l'*infamia*. Così è colpito d'*infamia* il condannato

---

omnes actiones locum habet, et est decimae partis, praeterquam quod adversus adsertorem tertiae partis est'. 176: 'Liberum est autem ei cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere, non calumniae causa agere'.

(1) Gaio, 4, 179.

(2) Gaio, 4, 177, 178: 'Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur, nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere'.

Una notevole corrispondenza con codesto *contrarium iudicium* ha un istituto vigente nel diritto locale alessandrino del secolo III a. C., rappresentato nei *Dicaiomata*, Berl. 1913 (dal Pap. n. 1 di Halle). V. in proposito Partsch, *Arch. f. Papyrusf.* VI, 1913, p. 74-5; Wenger, *Kritische Vierteljahrschr.* 1913, p. 359.

per furto, per rapina, per *iniuria,* per dolo, per *circumscriptio* di minori, per violazione di sepolcro, e parimente il condannato colle azioni di *fiducia,* di deposito, di mandato, di tutela, di società (1).

13. A soccorso del condannato, il quale ritenga di non doversi acquetare alla sentenza contro di lui proferita, esiste, almeno alla fine della repubblica, un rimedio; in grazia del quale egli può opporre all'azione esperita sulla base di essa il rilievo di un vizio sostanziale, onde sia affetto il giudizio che mette capo ad essa, o sia affetta essa medesima (*infitiatio iudicii*); o anche può, senza attendere che l'attore vittorioso agisca, intervenire egli senz'altro a contestare l'esistenza di un efficace giudicato, esponendosi a pagare il doppio della condanna, nel caso in cui il nuovo giudizio a cui si fa luogo intorno ai vizi denunciati abbia esito per lui sfavorevole (*revocatio in duplum*) (2).

Oppure, se la sentenza sembra arrecare al condannato

---

(1) Gaio, 4, 182: 'Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi'.

Certi ricorsi più gravi di mala fede nell'esperimento di un'azione civile, come quello che ha luogo nel caso in cui più persone si associano per agire contro un altro, colla coscienza della infondatezza della loro pretesa, ed allo scopo di ripartire fra loro il profitto dell'eventuale condanna, sono repressi colle sanzioni della *lex Iulia de vi privata:* ciò in seguito ad un S. C. Volusiano, d'epoca ignota: Mod., *D.* 48, 7, 6.

(2) Cic., *pro Flacc.* 21, 49; Paolo, *R. S.* 5, 5.a, 7-8; Aless., Sev., *C. Greg.*, 10, 1, 1.

Circa la risalente antichità della *revocatio* cfr. Schwalbach,

un pregiudizio ingiusto, questi può provocare dal magistrato contro di essa la *restitutio in integrum;* qualora intervengano nella specie i presupposti fissati nell'editto pel ricorso a tal rimedio (1).

Ueber ungültige Urtheile und die consumirende Wirkung der litis contestatio, Z. d. S. S. VII, 1886, p. 118 e segg.; EISELE, *Actio iudicati und Nichtigkeitsbeschwerde, Abh.* cit., p. 125 e segg.

(1) Sulla *in integrum restitutio* in generale v. più oltre il cap. VI. Che il rimedio della *restitutio in integrum* esistesse al tempo di Cicerone sembra sicuro dagli accenni che questi ne porge, come che relativi a giudizi tenuti in provincia: *in Verr.* 2, 2, 26, 63; *pro Flacc.* 32, 79. (Sul passo *pro Flacco* 21, 49-50 cfr. DUQUESNE, negli *Annales de l'Université de Grenoble*, XX, 1908, p. 307 e il mio *Cicerone giureconsulto*, III, p. 40). Ma intorno al momento in cui sorse nulla può asserirsi. Certo è tuttavia che non può trarsi verun argomento per affermare ch'esso non esistesse peranco a mezzo del secolo VI d. R. dai versi 13-20 del prologo del *Rudens* di Plauto:

> Qui falsas litis falsis testimoniis
> Petunt quique in iure abiurant pecuniam
> Eorum referimus nomina exscripta ad Iovem.
> Cotidie ille scit quis hic quaerat malum.
> Qui hic litem apisci postulant periurio
> Mali, res falsas qui inpetrant apud iudicem,
> Iterum ille eam rem iudicatam iudicat:
> Maiore multa multat quam litem auferunt.

Nei quali è evidente che si mira soltanto a colpire colla minaccia del castigo divino i litiganti disonesti; i quali, per mezzo del *iusiurandum in iure* prestato contrariamente al vero, si sottraggono al dovere di pagare le somme di danaro richieste da essi colla *condictio*, o altrimenti riportano vittoria adducendo *in iudicio* dei testimoni falsi che ingannino il giudice sopra l'esistenza delle loro ragioni; ma non si esclude che a soccorso di quanti sono danneggiati dal loro doloso comportamento possano già esistere anche dei rimedi di carattere umano e civile.

Contro il *iudex,* che nell'esercizio del suo ufficio abbia usato dolo o negligenza, ed al quale sia così imputabile la sentenza ingiusta proferita, il litigante che ne fu danneggiato può esperire un'azione, introdotta dal pretore nell'editto *' si iudex litem suam fecerit '*, colla quale può conseguire *' quantum ob eam rem aequum videbitur '* (1); azione che nell'epoca recente ha soppiantato l'antica capitale, data dalle XII Tavole contro il *iudex ' qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus erit '* (2).

---

(1) Gaio, *D.* 44, 7, 5, 4; 50, 13, 6 cit. E cfr. intorno a codesta azione Lenel, *Ed.*, p. 161-3; Pernice, *Labeo*, II, p. 168-71.

(2) Gell. 20, 1, 7 cit.

Cap. III.

Il processo esecutivo.

1. Il convenuto, che non presti la somma nella quale è stato condannato all'attore vittorioso può, essree sottoposto al processo esecutivo.

2. Questo era promosso in antico per mezzo della *legis actio per manus iniectionem* (1); nella quale si rispecchiano tuttora, in modo evidente, le caratteristiche della vendetta, che il creditore insoddisfatto esercitava sul debitore inadempiente, e che lo Stato si limitava a regolare con certe norme e discipline, fissate tuttora nelle XII Tavole, probabilmente dietro i *mores* risalenti. Dopo decorsi trenta giorni dalla sentenza a lui favorevole, o dalla *confessio* colla quale il convenuto avesse rinunziato a contestare la sua pretesa, l'attore trascinava costui nel cospetto del magistrato (*in iure*) denunziando a questo il suo credito e la seguitane inadempienza (2). Il convenuto condannato o *confessus* non poteva difendersi, contestando la validità della sentenza preferita

---

(1) Gaio, 4, 21; Gell. 20, 1, 42-53; *Lex col. Gen.* c. 61.

(2) Gell. 20, 1, 45 cit. Vivissime corrispondenze fra la *m. iniectio* e l'antica procedura esecutiva cretese sono avvertite dagli illustratori ed interpreti delle leggi di Gortina. Cfr. Dareste, nel *Journal des Savants*, 1893, p. 639 e segg.; Kohler u. Ziebarth, *Das Stadrecht von Gortyn und seine Beziehungen zum gem. Recht*, Göttingen 1912.

contro di lui e della corrispondente procedura esecutiva (1). L' ulteriore svolgimento di questa si arrestava soltanto quando egli stesso desse adempimento alla sentenza; oppure intervenisse un *vindex* ad assumerne sopra di sè l'impegno, o a contestare la validità della sentenza, incontrando il rischio di dover prestare il doppio, qualora il nuovo processo introdotto su tale contestazione avesse a riuscirgli sfavorevole (2).

Se il condannato non pagava, nè interveniva in suo favore un *vindex,* egli era *addictus* dal magistrato all'attore, il quale poteva trattenerlo nella sua casa, in una condizione di fatto analoga alla servitù per lo spazio di 60 giorni (3), con l'obbligo di trascinarlo durante questo tempo a tre mercati, per enunciarvi il suo debito ed offrirgli la possibilità di trovarvi un *vindex.* Decorso invano anche cotesto periodo di 60 giorni, l'attore poteva procedere alla vendita del convenuto condannato, in servitù fuori dello Stato (*extra Tiberim*) (4): vendita che nella repubblica

---

(1) Gaio, 4, 21 cit.: ' Qui agebat sic dicebat ' *quod tu mihi iudicatus* (sive *damnatus*) *es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio,* et simul aliquam partem corporis eius prehendebat. Nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat; qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur '.

(2) *Lex col. Gen.* c. 61 cit.: ' Ni vindicem dabit iudicatumve faciet, secum ducito. Iure civili vinctum habeto. Si quis in eo vim faciet, ast eius vincitur, dupli damnas esto '....

(3) *Lex duod. Tab.* in Gell. 20, 1, 45 cit.: ' Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus '.

(4) Gell. 20, 1, 47 cit.

recente è sostituita da una detenzione prolungata oltre il termine di 60 giorni ed intesa a sfruttare l'attività personale di lui, a scomputo del debito insoddisfatto (1).

3. Codesta esecuzione *per manus iniectionem,* data contro il debitore condannato o confesso, esisteva certo per altri crediti equipollenti a quelli derivanti da sentenza o da *confessio,* e provveduti di per sè medesimi di forza esecutiva, come pei crediti nascenti dal *nexum.* E fu ammessa in seguito del pari, ad analogia dei crediti *ex iudicato,* per altri: come in ispecie per quello del garante verso il debitore principale, pel quale abbia pagato; per quello di uno dei più garanti che abbia interamente soddisfatto il debito garantito da questi, rispetto al recupero della loro quota; pei crediti di multe incorse per danneggiamenti a cose pubbliche o sacre, e ripetibili per mezzo di azioni popolari. Ricorre in tali casi la così detta *manus iniectio pro iudicato* (2).

4. La *manus iniectio* è esperibile poi anche per altri crediti aventi ad oggetto la ripetizione di interessi indebitamente pagati (*ex lege Marcia*) o la ripetizione di legati

(1) Cic., *pro Flacco*, 20, 48; *in Pis.* 35, 86; *de orat.* 2, 63, 255; Quint., *Inst. or.* 7, 3, 27.

(2) Gaio, 4, 22; *Lex Lucerina (C. I. L.* IX, n. 782; Bruns, *Fontes*, 7 ed. p. 283): *sei quis arvorsu hac faxit, in ium quis volet pro iudicatod n. L. manum iniectio estod* (a ripetere la multa dai violatori del bosco sacro); *Lex Osca Tab. Bantinae* l. 25 (*C. I. L.* I, 46; Bruns, *Fontes*, p. 48; Girard, *Textes*, p. 26; Riccobono, *Fontes*, p. 130); *S. C. de pago Montano (C. I. L.* VI, n. 3823-31577; Bruns, *Fontes*, p. 189; Girard, *Textes*, p. 122; Riccobono, *Fontes*, p. 221).

ordinati oltre il limite legale (*ex lege Furia testamentaria*). Ma per tali crediti essa fu regolata diversamente che pel *iudicatus* e pei casi *pro iudicato;* per ciò che il debitore medesimo vi fu ammesso a contestare da sè la fondatezza della *manus iniectio,* senza bisogno che intervenisse per lui, come pel *iudicatus,* un *vindex: reo licebat manum sibi depellere et pro se lege agere* (1). Per questo la *manus iniectio* applicabile nei casi di tali crediti si designa col nome di *m. i. pura.* Una *lex Vallia* tuttavia, sopraggiunta fra la metà del secolo VI ed il principio del VII, estese siffatta facoltà del convenuto colla *manus iniectio* di *manum sibi depellere,* anche agli altri casi, nei quali codesto procedimento era applicabile; ad eccezione di quello fondamentale, in cui fosse esperita in seguito a giudizio, e di quello in cui fosse esperita da un garante contro il debitore principale pel rimborso di quanto avesse pagato per lui. E però, all'infuori di tali due casi, la *m. i. pura* assunse una portata pratica generale (2).

5. In sullo scorcio della repubblica il processo esecutivo contro il debitore condannato, o contro gli altri assimilati ed esso, non ha più luogo con le formalità prefisse per la *l. a. per manus iniectionem*, le quali sopravvivono soltanto in qualche legge coloniaria (3). L'*actio iudicati* tuttavia, che è sopraggiunta nel processo formulare a tener luogo di codesta antica *manus iniectio*, continua tuttora ad

(1) Gaio, 4, 23-4.

(2) Gaio, 4, 25.

(3) *Lex col. Gen.* c. 61 cit. Cfr. Exner, *Zur Stellung über die manus iniectio in der lex coloniae Iuliae Genet.*, *Z. f. R. G.* XIII, 1878, p. 392 e segg.

essere diretta alla persona dell'inadempiente; ed il processo esecutivo provocato da essa serba fino al principio dell' impero un carattere spiccatamente personale (1).

6. L'esecuzione sul patrimonio del condannato (o d'altro debitore assimilatogli) sopraggiunge per opera del pretore, circa a mezzo del secolo VII d. R.; e serba per buon tratto una posizione soltanto secondaria, di fronte all'esecuzione personale. Essa medesima ha il carattere di strumento concesso dal magistrato al creditore, per procacciarsi da sè la prestazione di quanto gli è dovuto, e per farsi giustizia.

Prima di quel momento essa non aveva avuto altre applicazioni, che per certi crediti di natura pubblica o religiosa, colla così detta *l. a. per pignoris capionem;* per mezzo della quale il soldato, insoddisfatto del suo *stipendium* o della indennità dovutagli pel cavallo e pel foraggio, può procedere, sul patrimonio di chi è tenuto a prestarglielo, all'apprensione di pegni; così come possono procedervi i publicani contro i contribuenti insolvibili, o il venditore di cose destinate al sacrificio, o il locatore di un *iumentum*

(1) Che nel processo formulare, a promuovere l'esecuzione, occorresse un'*actio* apposita è comunemente ammesso. Cfr. Eisele, *Ueber die actio iudicati und Nichtigkeitsbeschwerde*, nelle *Abh.* cit. p. 125 e segg.; Wenger, *Zur Lehre von der actio iudicati* Graz, 1901; Naber, *Ad actionem proiudicati, ad act. iudicati de iud. a. natura, cui detur et in quem a.*, nella *Mnemosine* XXII, 1894, p. 242 segg.; XXVI, 1898, p. 258 segg. L'opinione del Bekker, *Actionen*, II, p. 185, secondo la quale l'esecuzione avrebbe potuto essere promossa senza bisogno di azione, con una semplice *postulatio* al magistrato, non ha conforto nelle fonti.

dato a nolo col patto che la *merces* avesse a servire parimente a scopo religioso, contro il compratore ed il conduttore rispettivamente (1).

7. L'esecuzione patrimoniale è concessa dal pretore principalmente in certi casi, nei quali quella personale riesce impossibile (2); come in particolare nel caso d'assenza del debitore, e di mancanza di un *procurator* o *defensor* che ne assuma la rappresentanza, ed in quello di morte del

(1) Gaio, 4, 26-29.

(2) Fondamentali, intorno a codesto tema, sono le opere del Dernburg, *Ueber die emptio bonorum*, 1850; dell'Ubbelohde, *Ueber das Verhältn. der bonor. vend. zum ordo iudiciorum*, 1890; del Degenkolb, *Magister und curator im altröm. Concurs*, 1897 (*Beitr. zum Civilpr.* 1905, p. 161 e segg.); del Kniep, *Zum röm. Konkursverfahren*, *Mélanges P. F. Girard* I, p. 623 e segg. Più diffuse indicazioni della letteratura relativa posson vedersi nella buona memoria riassuntiva del Rotondi, *Bonor. venditio*, nella *Encicl. giurid. ital.* II, 1, p. 1265 e segg. E per quanto riguarda l'orazione ciceroniana *pro Quinctio* (capitale per la storia del processo esecutivo, in particolare contro l'*absens non defensus*) cfr. il mio libretto su *Le orazioni di diritto privato di M. T. Cicerone*, Bologna, 1899, p. 1 segg. e *Cicerone giureconsulto*, III, p. 46 e segg. Pel rapporto tra l'esecuzione personale e la patrimoniale e lo svolgimento storico della seconda, cfr. la recente monografia del Triandafil, *Histoire des voies d'execution en droit romain* Paris, 1914. V. pure Collinet, *Études sur la saisie privée*, Paris, 1893; Schlossmann, *Altröm. Schuldrecht und Schuldverfahr.* Leipzig, 1904; Kleineidam, *Die Personalexekution der Zwölftafeln*, Breslau, 1904; *Beitr. zur Kenntniss der lex Poetelia*, *Festg. f. Dahn*, 1905. Per l'antica letteratura v. Voigt, *Ueber die Gesch. des röm. Exekutionsrechtes*, *Ber. über die Verh. der sachs. Gesell. der Wiss. zu Leipzig*, *Phil. hist. Classe*, XXXIV, 1882, p. 76 e segg.

debitore stesso e di mancanza di un erede subentrato a tenerne il luogo. Ma è concessa pure anche laddove riuscirebbe possibile la esecuzione personale, ma il creditore invochi questa di preferenza (1).

La detta esecuzione s' inizia coll' immissione in possesso nel patrimonio del debitore (*missio in possessionem*) (2) che

(1) Probabilmente l'Editto cominciò a contemplare il caso del debitore che *fraudationis causa latitabat*, per concedere sul patrimonio di lui la *missio in possessionem*. Ma poi esso dovette contemplare con un'apposita clausola anche il caso dell'*absens non defensus*, quando le interpretazioni comunque libere, date dalla giurisprudenza a quella prima, non bastarono più alle esigenze della pratica. Che codesta clausola nuova, relativa all'*absens*, esistesse già in sullo scorcio della repubblica sembra da ammettere col Fliniaux, *Les effets de la simple absence dans la procedure de l'ordo iudiciorum privatorum à l'epoque de Ciceron (pro Quinct.* 19, 60; *in Verr.* 2, 2, 22-26), negli *Études d'histoire jurid. offerts à P. F. Girard*, I, p. 43 e segg. Se la *missio in possessionem* fosse accessibile anche ai creditori condizionali è una vecchia questione, che si dibatte intorno a due luoghi di Paolo, *D.* 42, 4, 14, 2 e 42, 4, 6 pr.; il primo dei quali sta per la negativa, e il secondo per l'affermativa. Recentemente tentò una conciliazione dei due luoghi il Ramadier, *Les effets de la missio in bona rei servandae causa*, Paris, 1911; attribuendo al primo di essi portata e valore generali, e riferendo il secondo ai soli beni del debitore pupillo o assente *rei publicae causa*, non passibili di *venditio*. Contro tale arbitrario riferimento si pronunzia il Solazzi, *Questioni sulla missio in bona rei servandae causa*, *Scritti in onore di G. P. Chironi*, vol. I, p. 581 e segg.; il quale ritiene rispondente al sistema classico l'esclusione dei creditori condizionali dalla *missio in bona*, ed attribuisce il fr. 6 pr. ad una svista dei compilatori giustinianei.

(2) *Dig.* 42, 4: ' *Quibus ex causis in possessionem eatur* (sulla relativa rubrica dell' editto cfr. Lenel, *Ed.*, 2 Aufl. p. 397); Gaio, 3, 78.

può essere provocata da un unico creditore per tutti (1). In codesta *possessio* i creditori sono rappresentati da uno di essi, prescelto dal pretore coll' ufficio di provvedere quale *curator bonorum* alla custodia dei *bona;* ed anche alla notificazione dell'avvenuta *missio in possessionem,* per mezzo di pubblici proclami, nell' intento di procacciare l' intervento di chi subentri a pagare pel debitore, specialmente nel caso in cui egli sia un assente non rappresentato (2).

---

(1) Paolo, *D.* 42, 5, 12 pr.: ' Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quaeritur, utrum solus is qui petit possidere potest, an, cum unus petit et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit. et commodius dicitur, cum praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem permissum videri, quod et Labeo putat. Nec videbitur libera persona adquirere alii, quia nec sibi quicquam adquirit, cui praetor permittit, sed aliquid ex ordine facit: et ideo ceteris quoque prodest '.

(2) *Dig.* 42, 7: ' *De curatore bonis dando* '. Per quanto riguarda i contratti conclusi già dai terzi col debitore, per lo sfruttamento delle cose, e specialmente degli immobili compresi nel suo patrimonio, essi contratti avevano efficacia di fronte ai creditori, anche se conclusi per una corrisposta inferiore a quella che avrebbero potuto ricevere costoro: ed erano rescindibili per mezzo della *restitutio in integrum* solo se nella loro conclusione fosse intervenuta frode. Sul fr. 8 §. 1. *D.* 42, 5 cfr. Solazzi, *L'editto de fructu praediorum vendendo locandove,* negli *Studi in onore di V. Scialoja,* 1905, I, p. 663 e segg.

A tutela dei creditori che avessero invocata la *missio in possessionem,* contro fraudolente alienazioni compiute dal debitore di cose del patrimonio assoggettato a questa, il pretore introdusse un'*actio Pauliana* di carattere penale, esperibile dal *curator* rappresentante dei creditori stessi contro il debitore *fraudator* ed il contraente *sciens fraudis.* Introdusse del pari, più tardi, un *interdictum fraudatorium,* a favore anche dei creditori che

Dopo decorsi invano 30 o 15 giorni dalla notificazione della *missio* (secondo che si tratti del patrimonio di un vivo o di un morto) i creditori possono normalmente (1)

---

non avessero chiesto la *missio in possessionem* sul patrimonio del debitore, ed esperibile contro chiunque ritenesse la cosa alienata, anche innocente da frode. I compilatori giustinianei fusero insieme i due rimedi, attribuendo a quello da essi così creato, con elementi desunti in gran parte dal secondo, il nome di *actio Pauliana*. Fondamentali rimangono in proposito le ricerche del SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, Roma, 1902 (estr. dagli *Studi e docum. di storia e dir.)*; *La revoca degli atti fraudolenti del debitore nel dir. rom. class.*, *B. d. i. d. d. r.* XV, 1903, p. 127 e segg. (in confutazione del LENEL, *Die Anfechtung von Rechtshandl. des Schuldners im Klass. röm. Recht*, Leipzig, 1903, il quale congettura che i rimedi esistenti nel diritto classico fossero la *restitutio in integrum* pel *curator* e *l'interdictum* per gli altri creditori).

(1) Si faceva luogo solo alla *possessio*, senza che poi seguisse a questa la *venditio*, sul patrimonio del pupillo e su quello dell'*absens* assente *rei publica e causa*, come in particolare del *captus ab hostibus* (PAOLO, *R. S.* 5, 5b, 1-2; *D.* 42, 4, 6). Che si procedesse ugualmente anche sul patrimonio di qualsivoglia *absens non defensus*, in ogni caso in cui l'*absentia* non fosse intesa allo scopo di *latitatio*, fu sostenuto in particolare dall'HARTMANN, *Ueber das röm. Contamacialverfahren*, Götting. 1851, p. 52 e segg.; ma sembra contraddetto dalle resultanze dell'orazione ciceroniana *pro Quinctio*. Su codesto punto particolare è degna di nota la dissertazione del BÖHM, *Die missio in bona cum effectu venditionis als Folge der einfacher absentia sine defensione gegen. der Prozesseinleitung nach Klass. Rechte*, Berlin, 1908. Solo nel diritto giustinianeo fu risparmiata agli assenti la *bonorum venditio*; la quale per diritto classico li colpisce, successivamente alla *missio in possessionem*, come gli altri *indefensi*. Già il KARLOWA, *Beitr. zur Gesch. des röm. Civilpr.* p. 134, avvertiva l'interpolazione recata in tal senso al fr. di

far procedere alla vendita dei beni così posseduti *(bonorum venditio)* (1).

Per le pratiche occorrenti a porla in atto essi sono rappresentati da un *magister* nominato da loro stessi (2);

Ulp., *D.* 4, 6, 21, 2. Un'esauriente dimostrazione del mutamento avvenuto su questo punto, per opera dei compilatori, è recata ora dal Solazzi, *L'editto qui absens iudicio defensus non fuerit* '. Napoli, 1915 (estr. dal *Volume per le onoranze al Prof. Simoncelli*). Anche il minore indifeso subiva per diritto classico la *bonorum venditio*, come ogni altro assente. Sulle interpolazioni del fr. di Ulp., *D.* 42, 5, 5, cfr. Solazzi, *La minore età nel dir. rom.*, p. 226; *L'editto* ' *qui absens* ecc. cit., p. 13.

Se la *bonorum venditio* sia stata introdotta dal Pretore contestualmente alla *missio in possessionem*, come un mezzo inteso al soddisfacimento dei creditori da parte di un debitore nuovo succeduto all'antico, in ogni caso in cui riuscisse vana la coazione che la *missio* tendeva ad esercitare su di questo; o se per contrario essa sia sopraggiunta solo più tardi, non può determinarsi con certezza, allo stato delle nostre fonti. In questo secondo senso v. ora il Rocco, *Il fallimento* (*Teoria gener. ed origine storica*), Torino, 1917, p. 146-7.

(1) Gaio, 3, 79: ' quare autem tardius viventium bonorum venditionem compleri iubet, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur '. Per la critica di codesto testo cfr. Kniep, *Zum röm. Konkursverfahren, Mélanges Girard*, I, p. 623 e segg.

(2) Gaio, 3, 79: ' Postea iubet (praetor) convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant '; Cic., *pro Quinct.* 15, 50: ' cui magistri fiunt, et domini constituuntur, qua lege et qua condicione pereat pronuntient '. Cfr. specialmente Degenkolb, *Magister und curator* cit. Un diligente riassunto dello stato delle nostre conoscenze in proposito reca la dissertazione dell'Armuzzi, *Il magister ed il curator nella bonorum venditio*, nell'*Arch. giur.* LXXII, 1904, p. 481, e segg.

il quale fa procedere ad una notificazione nuova della vendita imminente e delle condizioni colle quali questa deve aver luogo (*lex venditionis*); e, decorso un nuovo e breve termine (di 10 o 5 giorni), aggiudica i *bona* nel loro complesso a chi offra alla massa dei creditori da lui rappresentati una più elevata percentuale dei crediti rispettivi (1). L'acquirente dei detti *bona* (*bonorum emptor*) è trattato, per ogni rapporto, come un successore universale del debitore al quale avevano appartenuto (2). Egli è provveduto di un apposito *interdictum possessorium,* analogo all' *interdictum quorum bonorum* che compete al *bonorum possessor* (3). Ed è ammesso ad agire contro i debitori dell'espropriato coll'*actio Rutiliana,* se questi è ancor vivo, e coll'*actio Serviana,* se è morto (4).

Pei debiti dell'espropriato, il *bonorum emptor* risponde

---

(1) Che la *bonorum venditio* non potesse condurre al resultato che il *bonorum emptor* s' impegnasse a prestare una somma superiore al totale ammontare dei crediti; e che perciò siano oziose le varie ipotesi presentate intorno alle regole da applicare nel caso di una siffatta ipotesi, è acutamente dimostrato dal Rotondi, *Una nuova ipotesi in materia di bonorum venditio,* nel *Filangieri,* 1911, p. 164 e segg.

(2) Gaio, 3, 77.

(3) Gaio, 4, 145.

(4) Gaio, 4, 35: 'Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut, quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur; quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, conparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur'.

verso i creditori nella misura della percentuale offerta al *magister* e da lui accettata, colle medesime azioni ch'erano esperibili contro l'espropriato medesimo. Nel caso per altro in cui taluno dei debitori dell'espropriato si trovi ad essere, a sua volta, creditore di questo, il *bonorum emptor* non può esigere l' integrale soddisfacimento del debito, che dopo dedotto integralmente il controcredito; e non gli è dato di esigere, come dagli altri debitori, l' intiero soddisfacimento, pagando del credito soltanto la percentuale promessa ai creditori in generale (1).

8. A lato della procedura esecutiva che porta alla *bonorum venditio,* e trae seco l' infamia del debitore contro il quale è esperita, sopraggiunge, in forza di una *lex Iulia,* la così detta *cessio ex lege Iulia* (2); in grazia della quale il debitore può sottrarsi all' infamia, abbandonando i propri beni ai creditori, che procedono egualmente alla loro ven-

---

(1) Gaio, 4, 65. Intorno alla formula *cum deductione* del *bonorum emptor*, e le questioni proposte sopra la sua portata, v. in particolare Appleton, *Histoire de la compensation en droit Romain*, Paris, 1895, p. 157 e segg.

(2) Gaio, 3, 78: ' Bona veneunt.... item eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt '; *Dig.* 42, 3 ' *De cessione bonorum* '. v. Wlassak, *Cessio bonorum* ' nel Pauly Wissowa, *Realencycl.* III, 2, c. 1995 e segg., che però attribuisce l'introduzione della *cessio bonorum* ad un capitolo della *lex Iulia iud. privator.*, nonostante la citazione di una *lex Iulia de bonis cedendis*, in Diocl. e Mass. *C.* 7, 71, 4 pr.

Che la *cessio* appartenga però solo al momento di Augusto, nel quale cadono le *leges Iuliae iudiciorum privatorum et publicorum*, non è dimostrato. Intorno alla sua probabile preesistenza v. il mio *Cicerone giureconsulto*, III, p. 47.

dita, fino al limite di quel tanto di questi che sia strettamente necessario a provvedere all'esistenza del cedente *(beneficium competentiae)*; ma serbano per altro azione contro di questo, nella misura di ciò che rimanga, dopo la *cessio*, insoddisfatto (1).

9. In seguito, a favore di debitori appartenenti all'ordine senatorio (e forse anche a favore di altri debitori meritevoli di particolare protezione e tutela, come il pupillo per l'eredità devolutagli, il furioso, il prodigo ed altri *qui curatorum ope iuvantur* (2)) fu introdotta da uno o più senatoconsulti una profonda modificazione nella stessa procedura esecutiva iniziatasi colla *missio in possessionem*; colla quale si ammise che il *curator*, nominato dal magistrato a custodia dei beni del debitore, anzichè procedere alla vendita in blocco di questi all'offerente di una più elevata percentuale dei crediti, potesse procedere alla vendita di cose singole al migliore offerente; ciò solo per quel tanto che fosse necessario al soddisfacimento dei creditori (*bonorum distractio*). Di eccezionale che era, codesta procedura, la quale conciliava la tutela dei diritti dei creditori con quella degli interessi del debitore; ed impediva sopratutto le losche speculazioni di coloro che si rendevano aggiudicatari nella *bonorum venditio* di intieri patrimoni a condizioni disastrose pei creditori, e si arricchivano vendendo a prezzi elevati le singole cose che vi erano comprese; codesta procedura si venne diffon-

(1) Aless. Sev., *C.* 7, 71, 1; Mod., *D.* 42, 3, 7.

(2) Ulp., *D.* 42, 4, 7, 10-1. E cfr. in proposito Solazzi, *Di un caso di distractio bonorum nel dir. rom. classico*, *B. d. i. d. d. r.* XVI, p. 89 e segg.

dendo via via, così da soppiantare affatto la detta *venditio;* della quale nell' ultimo momento non sopravvive più che il ricordo (1).

10. Nel II secolo d. C., in seguito ad un rescritto di Antonino Pio, sopraggiunge ancora a procacciare l'esecuzione, almeno di certi giudicati, una nuova figura, desunta da una pratica risalente adoprata dallo Stato contro i suoi debitori: e cioè l'apprensione di pegni, a cui il creditore fa procedere in seguito ad istanza rivoltane al magistrato (*postulatio*) per mezzo di *apparitores* del magistrato stesso (*pignus in causa iudicati captum*) (2).

Avvenuto così il pignoramento di singole cose del debitore condannato, dopo due mesi di attesa, durante i quali questi può riscattare il pegno pagando la somma dovuta, ha luogo, a magistero dei detti *apparitores*, la vendita della cosa pignorata al migliore offerente. È dubbio tuttavia se codesta maniera di esecuzione sia esistita nell'impero classico come generale per tutti i giudicati; o se piuttosto essa non abbia valso allora che per quelli proferiti da funzionari imperiali investiti della *extraordinaria cognitio* (3).

---

(1) Cfr. più oltre il lib. II, cap. V.

(2) Ulp., *D.* 42, 1, 15; *Cod.* 8, 22 (23): *Si in causa iudicati pignus captum sit.*

(3) Cfr. Fleischmann, *Das pignus in causa iudicati captum*, Breslau, 1896.

Cap. IV.

Il processo contumaciale.

1. Qualora il debitore convenuto non ottemperi, senza un giusto motivo di scusa (1), all'invito dell'attore di presentarsi *in iure* nel cospetto del magistrato, per rendere possibile colla sua presenza la preordinazione e lo svolgimento del processo relativo alla pretesa da lui vantata: o qualora, pur comparendo, non provveda alla propria difesa, giusta gli ordini del magistrato e le norme precostituite dal diritto e rimanga, come tale, *indefensus* (2), il magistrato stesso autorizza l'attore ad impossessarsi del patri-

---

(1) Valgono come motivi di scusa la malatia, gli ostacoli naturali che impediscano al convenuto di accedere al giudizio, l'impedimento da ufficio pubblico: Ulp., *D.* 2, 11, 2, 3; Gaio, *D.* 2, 11, 6; Giul., *D.* 42, 1, 60.

Intorno al processo contumaciale romano cfr. Hartmann, *Ueber das römische Contumacialverfahren*, Göttingen, 1851 cit.; Filomusi-Guelfi, *Il processo civile contumaciale romano*, Napoli, 1873; Wlassak, *Absentia*, nel Pauly Wissowa, *Realencycl.* I, 1, 7, 12 e segg.; Kipp, *Eremodicium*, *Ibid.*, VI, 1, c. 417-8; Rispoli, *Il processo civile contumaciale*, Milano, 1911, p. 1-81; Petot, *Le defaut in judicio dans la proced. ordin. Rom.*, Paris, 1912; Steinwenter, *Studien zum röm. Versäumnisverfahren*, München, 1914 (specialmente relativo al periodo della *extraord. cognitio)*.

(2) *Lex de Gallia Cisalp.* c. 21: ' aut se sponsione iudicioque utei oportebit non defendet.... tum de eo, a quo ea pecunia peteita erit.... lex ius caussaque omnibus omnium rerum esto atque utei esset esseve oporteret sei is, quei ita confessus erit '.

monio di lui, ed a procedere alla vendita di questo; nella medesima guisa con cui autorizza il creditore alla *missio in possessionem* ed alla successiva *venditio* sul patrimonio del debitore, che per ragione di *absentia* o di *latitatio* non abbia potuto essere regolarmente convenuto.

2. Il convenuto con un' azione reale, e parimente il convenuto con un'azione nossale per il risarcimento di danni cagionati da atti illeciti di servi, possono tuttavia evitare ogni conseguenza del processo contro di essi esperito, abbandonando all'attore la cosa che è oggetto della pretesa o il servo autore dell'atto illecito (1).

Se il convenuto con un'azione reale o con la petizione di eredità non si difende *in iure* nella lite relativa, l'attore può ottenere dal magistrato di essere immesso o riammesso nel possesso della cosa litigiosa o del godimento che forma il contenuto del diritto reale, o dell'eredità, per mezzo di certi interdetti *(quem fundum, quem usumfructum, quam hereditatem)*; e può forzare di tal guisa il convenuto stesso, che vanti dei diritti sulla cosa, sul godimento, sull' eredità, a procedere a sua volta per questi in veste di attore (2).

---

(1) Paolo, *D.* 9, 4, 26, 6. Cfr. Pissard, *Duci vel ferri iuberi (La ductio iussu praetoris dans les actions reelles et les actions noxales), Études d'histoire jurid. offerts à P. F. Girard*, I, p. 241 e segg.

(2) Ulp., *Fragm. Vindob.* 4: ' adipiscendae quam reciperandae possessionis, qualia sunt interdicta *quem fundum* et *quam hereditatem*. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive ante possedi, deinde amisi possessionem '.

3. La mancata comparsa del convenuto, nello stadio del processo *in iudicio*, dà luogo senz'altro, fino allo scorcio dell'età repubblicana, alla vittoria dell'attore presente, così come viceversa la mancata comparsa del detto attore dà luogo all'assoluzione del convenuto (1).

Nell'impero classico, a preservazione del convenuto, si trova imposta la necessità per l'attore di rinnovargli per tre volte l'invito (*denuntiatio*) a comparire nel cospetto del *iudex,* oppure di provocare a ciò un'intimazione per mezzo di un editto perentorio del magistrato (2). Ma qualora, non ostante cotesto triplice invito o codesta perentoria intimazione, il convenuto non compaia, mantenendosi *contumax* (3), il giudice pronunzia contro di lui la sua sentenza (*in eremodicio*). Codesta sentenza non può essere annullata coi rimedi esperibili contro quelle pronunziate in seguito

---

(1) *Lex duod. tab.* I, 8: '*Post meridiem praesenti litem addicito*'. Cfr. sopra a pag. 70.

(2) Paolo, *R. S.* 5, 5,ª 6 (7): 'Trinis litteris vel edictis aut uno pro omnibus dato aut trina denuntiatione conventus nisi ad iudicem, ad quem sibi denuntiatum est aut cuius litteris vel edicto conventus est venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet: quin immo nec appellari ab ea potest'; Ulp., *D.* 5, 1, 73, 1: 'et post edictum peremptorium impetratum cum dies eius supervenerit, tunc absens citari debet'.

È vivamente discusso se le tre *denunciationes* accennate da Paolo avessero carattere privato, o se invece avessero luogo *ex auctoritate*, ossia coll'assistenza di un *apparitor* del magistrato. Cfr. in questo secondo senso Duquesne, *La contexture génerale de la cautio iudicatum solvi*, *Mélanges Fitting*, I, p. 341-2.

(3) Hermog. *D.* 42, 1, 53, 1: 'Contumax est, qui tribus edictis propositis vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnet'.

ad un *iudicium* svoltosi alla presenza delle parti, ad eccezione del caso in cui il convenuto dimostri che la sua assenza fu determinata da giusta causa; e che però egli non avrebbe dovuto esser trattato come *contumax* (1).

4. La mancata comparsa dell'attore, se ingiustificata, dà luogo per lui senz'altro, come si è dianzi avvertito, alla decadenza da ogni diritto dipendente dal *iudicium:* e però anche dalla pretesa dedotta in questo, e consumata per effetto della *litis contestatio* (2).

---

(1) Ulp., *D.* 5, 1, 73, 3. E cfr. su codesto luogo, ed in genere sopra i rimedi esperibili contro le sentenze, dall'assente non *contumax*, specialmente Steinwenter, *Studien* cit. p. 68. Che la sentenza affetta da un vizio essenziale, e come tale *nullius momenti*, dovesse esser priva di ogni valore anche contro il *contumax* parrebbe assolutamente certo.

(2) *Lex Colon. Genet. Iuliae*, c. 95: ' Si privatus petet et is, cum de ea re iudicium fieri oportebit, non aderit neque arbitratu duo viri praefective ubi ea res agetur excusabitur ei harum quam causam esse, quo minus atesse possit..... post ei earum rerum, quarum hac lege quaestio erit, actio ne esto.

Cap. V.

Gli interdetti ed il processo interdittale.

1. Alla preservazione della pace provveggono, a lato delle *actiones*, introdotte da *leges* o date dal pretore per provocare direttamente l'istituzione di un arbitrato, certi comandi di carattere amministrativo, che il magistrato stesso emana, in forza del suo *imperium (decreta, interdicta)* (1), sotto il presupposto che esistano date condizioni; per mezzo dei quali egli mira a porre in atto, nelle loro più svariate e diverse applicazioni, quei regolamenti di polizia amministrativa sulle cose (2), che occorrano nei vari mo-

---

(1) Gaio, 4, 138-170.

Fondamentale sul processo interdittale è l'ampia trattazione dell'Ubbelohde, *Glück's Fortsetz.: Serie der Bücher* 43 u. 44, Erlangen, 1889-90. Della letteratura precedente è da segnalare l'opera magistrale del Bruns, *Die Besitzklagen*, Weimar, 1874. Cfr. pure successivamente all' U.: Pflüger, *Die sogennanten Besitzklagen*, Leipzig, 1890; Cuq, *Recherches sur la possession à Rome sous la republique et aux premiers siècles de l'emp., N. r. h. du dr. fr. et étr.*, XVIII, 1894, p. 5. e segg.; Pernice, *Friede und Friedenswahrung im röm. griech. Rechte, Z. d. S. S.* XXVII, 1896, p. 195 e segg.; Cornil, *Traité de la possession dans le droit Romain*, Paris, 1905, p. 291 e segg.; Humbert e Lecrivain, *Interdictum*, nel Daremberg et Saglio, *Diction. des aut.*

(2) La formula è del Romagnosi, *Condotta delle acque*, nelle *Opere* riord. da A. De Giorgi, V, 1, p. 844; e parmi nella sua scultoria semplicità preferibile ad ogni altra, a significare una sfera

menti a conciliare insieme le pubbliche colle private esigenze; ed inoltre a procacciare in maniera rapida e spedita la tutela di molteplici diritti e rapporti, soccorrendo alla mancanza d'altri strumenti di difesa, oppure intervenendo in via provvisoria, nell'attesa di strumenti complicati e lenti.

2. Se l'ordine contenuto nell'*interdictum* non è eseguito, o perchè colui al quale è diretto proceda a qualche atto che vi contrasti, quando esso ha carattere proibitorio, oppure ometta di compiere un atto positivo ch'esso imponga, quando ha carattere imperativo, l' interessato alla sua esecuzione può provocare un processo; il quale, avendo per obbietto di stabilire se sia veramente avvenuta l'inadempienza dell'ordine, è indotto di necessità a determinare se esistano o meno nella specie quelle circostanze, che ne costituiscono il presupposto.

Di solito la controversia relativa è impostata sopra una *sponsio*, alla quale colui che ha compiuto l' atto vietato, o che ha omesso l'atto imposto, è provocato da chi ha interesse all' osservanza dell' ordine: sopra una *sponsio*, colla quale egli promette una certa somma, qualora resulti che la sua commissione od omissione costituisca disobbedienza al detto ordine; ed alla quale ne corrisponde un'altra dell'attore che s' impegna a pagare un' ugual somma nel caso opposto (1). Per certi ordini tuttavia, aventi ad

---

d' applicazione caratteristica degli interdetti; così come rimane ognora fondamentale la trattazione ch' egli porge di codesti strumenti nel processo romano, in confronto con quelli sopraggiunti a tenerne il luogo nei processi moderni.

(1) Gaio, 4, 141: ' Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem re-

oggetto l'esibizione o la restituzione di determinate cose, si può procedere anche più speditamente, senza passare attraverso lo stadio delle *sponsiones,* alla richiesta di un arbitro incaricato di decidere se ricorrano nella specie i termini presupposti da quelli, e se però il convenuto sia tenuto a porre in atto l'esibizione e la restituzione che ne è oggetto, o a prestare altrimenti una certa somma all'attore *(per formulam arbitrariam)* (1).

3. Gli ordini amministrativi, che si designano nelle fonti classiche col nome di *interdicta,* si distinguono in queste, secondo ch'essi abbiano per contenenza un divieto *(prohibitoria)* o un'imposizione positiva *(exhibitoria, restitutoria)* (2). Il nome di *interdicta,* divenuto generale per tutti, e prevalso su quello di *decreta,* sembra però additare con certezza che il più antico nucleo di essi fu costituito dai primi. Secondo che l'ordine positivo o negativo in

---

cuperatoresve itur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iusserit. et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, veluti cum per sponsionem agitur, sine poena, veluti cum arbiter petitur',

(1) Gaio, 4, 141: 'Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur quae arbitraria vocatur'; 4, 163: 'si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur'; Cic., *pro Tull.* 23, 56: 'Ego ipse tecto illo disturbato si hodie postulem quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est'.

(2) Gaio, 4, 140. 142.

essi contenuto è diretto ad una sola parte o ad entrambe, gli interdetti si distinguono in *simplicia* e *duplicia* (1); secondo che siano emanati sul presupposto di una condizione di fatto attuale o preesistita, si dicono *in praesens relata,* o *in praeteritum relata* (2); secondo che il loro valore è perpetuo o circoscritto invece ai termini prefissi all'*imperium* del magistrato, si distinguono in *perpetua* ed in *annalia* (3).

In riguardo alla natura del diritto o rapporto alla cui tutela intendono, gli interdetti si suddistinguono pure in più gruppi. Taluni hanno il loro fondamento in uno squisito senso di solidarietà umana e civile (*officii tuendi causa*); e mirano a difendere la libertà di qualunque uomo indebitamente trattenuto e trattato da altri come servo (*de homine libero exhibendo*) (4). Altri tendono a procurare la tutela di attributi e diritti spettanti ad ogni cittadino come tale, al rispetto delle cose destinate al pubblico culto (*ne quid in loco sacro fiat*) (5) ed all'uso delle cose pubbliche conforme alla loro naturale, sociale e politica destinazione (6) (*ne quid in loco publico vel itinere fiat* (7), *de loco publico fruendo* (8), *de via publica et itinere pu-*

---

(1) Gaio, 4, 156-160.

(2) Ulp., *D.* 43, 1, 1 pr., 2.

(3) Ulp., *D.* 43, 1, 1, 4.

(4) Paolo, *D.* 43, 1, 2, 1; *D.* 43, 29: *De homine libero exhibendo.*

(5) Paolo, *D.* 43, 1, 2, 1; *D.* 43, 6: *Ne quid in loco sacro fiat.*

(6) Paolo, *D.* 43, 1, 2, 1; *D.* 43, 7: *De locis et itineribus publicis.*

(7) *D.* 43, 8.

(8) *D.* 43, 9.

blico reficiendo (1), *de via publica et si quid in ea factum esse dicatur*) (2).

Costituiscono un gruppo particolare di tali interdetti quelli introdotti a tutela dei diritti d' ogni cittadino sulle acque dei fiumi navigabili: per preservarne le condizioni di navigabilità da costruzioni o immissioni praticate nel letto o sulle sponde, le quali possano peggiorarle (3); per impedirvi opere atte ad alterarne il corso normale (4); per proteggervi l'esercizio della navigazione, contro ostacoli o impedimenti che indebitamente vi si oppongano (5); per conciliare viceversa la protezione di cotali diritti civici con quella dei proprietari di fondi rivieraschi minacciati da straripamenti dei fiumi, e posti nella necessità di porre in atto sulle rive di questi delle opere occorrenti ad evitarli, senza alterarne la navigabilità (6).

Altri interdetti mirano alla tutela di diritti e rapporti prettamente privati (*iuris sui tuendi causa*) (7): alla tutela di diritti e rapporti aventi carattere familiare, come quelli per mezzo dei quali il padre e il patrono possono ripetere dai terzi il figlio o il liberto trattenuti da essi contro il loro volere (*interdictum de liberis exhibendis, i. de liberto exhibendo*) (8);

---

(1) *D.* 43, 11.

(2) *D.* 43, 10.

(3) *D.* 43, 12: *De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur.*

(4) *D.* 43, 13: '*Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit*'.

(5) *D.* 43, 14: '*Ut in flumine publico navigare liceat*'.

(6) *D.* 43, 15: '*De ripa munienda*'.

(7) Paolo, *D.* 43, 1, 2, 1.

(8) Paolo, *D.* 43, 1, 2, 1 cit.; *D.* 43, 30: '*De liberis exhibendis, item ducendis*'.

o alla tutela di diritti e rapporti aventi carattere patrimoniale.

Nella difesa di quest'ultima branca di diritti e rapporti gli interdetti hanno le loro più varie e numerose applicazioni. Essi provveggono alla tutela provvisoria del dominio delle cose (*quae proprietatis causam continent*) (1); ed analogamente a quella, del pari provvisoria, di particolari diritti esistenti sulle cose altrui, come in ispecie del diritto di esercitare sul fondo altrui gravato di servitù il passaggio che corrisponde a questa (2), o di derivarvi dell'acqua (3), o di operarvi sui canali occorrenti per la derivazione le riparazioni o gli spurghi necessari (4), o di attingere acqua dalla fonte esistente sul fondo serviente (5); o di provvedere, mediante spurghi e riparazioni opportune nelle cloache del fondo serviente, allo scarico delle acque di rifiuto che derivano dal dominante (6).

Per la tutela di un diritto, che esorbita dalla cerchia dei rapporti patrimoniali, a cagione del suo carattere religioso, il diritto di sepolcro, e per la tutela delle svariate facoltà che ne costituiscono altrettanti attributi, esiste un singolare

---

(1) Paolo, *D.* 43, 1, 2, 2.

(2) *D.* 43, 19: *De itinere actuque privato.*

(3) *D.* 43, 20: *De aqua cottidiana et aestiva.*

Distintamente da codesto interdetto, che mira alla tutela dell'acquedotto privato, ne fu introdotto un altro a tutela dei diritti di godimento sulle acque derivate dai pubblici serbatoi *(castella)*, in forza di concessioni imperiali, e nella misura e nei termini precostituiti da queste: il così detto *interdictum de aqua castellaria:* Ulp., *D.* 43, 20, 1, 38.

(4) *D.* 43, 21: *De rivis.*

(5) *D.* 43, 22: *De fonte.*

(6) *D.* 43, 23: *De cloacis.*

interdetto '*de mortuo inferendo et sepulchro aedificando*'; ricollegabile per codesto suo carattere agli *interdicta divini iuris* (1).

Gli stessi interdetti provveggono del pari alla tutela del possesso delle cose, o all'esercizio dei particolari diritti a cui queste possono essere sottoposte *(quae possessionis causam continent)*: tutela che può aver luogo procacciando l'immissione o il recupero o la manutenzione del detto possesso o esercizio (*interdicta adipiscendae, recuperandae, retinendae possessionis)* (2): ciò in corrispondenza con certe condizioni presupposte dal magistrato, in riguardo coi singoli rapporti ai quali essa si ricollega; e la cui trattazione esorbita i termini dello studio processuale, ed entra invece in quelli del diritto materiale.

4. È più di ogni altro caratteristico, fra gli interdetti, per quanto spetta il suo meccanismo processuale, l'interdetto *retinendae possessionis, uti possidetis,* nelle sue applicazioni al caso in cui due persone pretendano ugualmente di trovarsi a possedere un immobile, giusta i termini presupposti da quello (3); ed occorra pertanto di porre in atto fra esse una tale condizione, che offra il mezzo per determinare quale delle due abbia contravvenuto all'ordine del magistrato rivolto ad entrambe (4).

Dopo attribuito il possesso interinale dell'immobile a

---

(1) Paolo, *D.* 43, 1, 2, 2; Ulp., *D.* 11, 8, 1.

(2) Gaio, 4, 143; Ulp., *D.* 43, 1, 2, 3.

(3) Gaio, 4, 139: 'quod tum maxime facit (praetor aut proconsul) cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur'.

(4) Ulp., *D.* 43, 17, 1, 3.

quello dei due contendenti che offra una cauzione più elevata *(fructuum stipulatio),* l'altro addiviene ad atti formali di turbativa di tal possesso (*vis ex conventu*) ; e in base a questi si fa luogo al processo, inteso a ricercare se costituiscano o meno una contravvenzione all'ordine in cui l'interdetto si concreta : e cioè se i presupposti di tale ordine sussistano nel possessore interinale, o invece in colui che ha proceduto alla *vis.* In questo secondo caso il possessore interinale è costretto a restituire l' immobile (col *iudicium Cascellianum* o *secutorium*) e di più a pagare la penale corrispondente alla *fructuum licitatio.* (1).

5. Caduta la separazione del processo in due stadi *in iure* ed *in iudicio,* e subentrata l'*extraordinaria cognitio,* gli *interdicta* perdettero quelle loro caratteristiche, per le quali si distinguevano dagli strumenti processuali designati col nome tecnico di *actiones,* e per ragione delle quali erano trattati distintamente da queste. Essi furono così assimilati in tutto alle *actiones.*

Nelle compilazioni giustinianee fu posta in atto codesta assimilazione, per mezzo di un'aggiunta, che i compilatori delle Pandette arrecarono nella rubrica relativa agli *interdicta* (*D.* 43, 1) ch' essi avevano cavata dell' Editto : *De interdictis* [*sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt*] ; e di un'altra aggiunta apportata nelle Istituzioni giustinianee 4, 15, pr.: *Superest ut despiciamus de interdictis* [*seu actionibus quae pro his exercentur*], al testo cor-

(1) Cic., *ad fam.* 7, 13, 2 ; Gaio, 4, 166ª-170. Intorno ai rapporti fra la *vis ex conventu* e la *deductio moribus,* che si ricollega all'*agere per sponsionem,* cfr. il mio *Cicerone giureconsulto,* I, p. 116 ed i citati ivi.

rispondente di Gaio; oltre che per mezzo di numerose alterazioni apportate ai testi classici escerpiti (1).

Il nome stesso d'*interdicta,* serbato nelle compilazioni giustinianee a ricordo e vestigio di una distinzione prettamente storica fra gli strumenti designati con esso e le vere e proprie *actiones*, cade a sua volta nelle scuole bizantine postgiustinianee; nelle quali anche codesti strumenti sono designati col nome generico di ἀγωγή.

---

(1) Ciò è dimostrato felicemente dall'ALBERTARIO, *Contributi allo studio della procedura civile giustinianea (Actiones e interdicta)*, *Riv. ital.*, LII, 1912. Non si può peraltro escludere che, per quanto regolati e trattati processualmente in modo diverso e distinto dalle *actiones*, gli *interdicta* potessero essere designati anche nel linguaggio dei classici col nome di *actio*, adoprato in senso generico e non tecnico. È certo ad esempio che l' *interdictum unde vi* è designato col nome di *actio* da CICERONE, *pro Caec.* 13, 37-9; 14, 40: 'huiusce generis una est actio per hoc interdictum, quo nos usi sumus, constituta'. Cfr. il mio *Cicerone giureconsulto*, III, p. 10.

Notevoli rilievi, intorno agli atteggiamenti assunti dalla tutela possessoria nell'epoca postclassica, reca il CORNIL, *Le protection possessoire dans les leges barbarorum*, *Mélanges Fitting*, 1907, I, p. 257 e segg.

Cap. VI.

Stipulationes praetoriae, missiones in possessionem, in integrum restitutiones.

1. Oltre che per mezzo dell' instaurazione di un *iudicium,* il magistrato può procedere alla tutela di diritti controversi o minacciati, con altre provvisioni fondate, come gli *interdicta,* sull' *imperium* del quale è investito: coll' imposizione di *stipulationes* (*praetoriae*), di *missiones in possessionem,* di *restitutiones in integrum.*

2. Le *praetoriae stipulationes* possono servire di strumento ad assicurare l'esaurimento di un *iudicium* in corso, oppure a procacciare, a certi rapporti sprovveduti di azione, tutela e difesa analoga a quella a cui darebbe luogo l'azione stessa (*quae instar actionis habent*), o finalmente a raggiungere entrambi cotali intenti in quanto valgano ad assicurare il futuro intervento ad un *iudicium.* E si distinguono corrispondentemente in *iudiciales, cautionales, communes* (1). Esse possono essere imposte dal pretore a colui ch' egli ha fatto comparire nel suo cospetto (mediante apposita

---

(1) Ulp., *D.* 46, 5, 1.

La sottospecie di *stipulationes praetoriae*, che nel passo fondamentale d'Ulpiano, *D.* 46, 5, 1, 1, è designata col nome di *iudiciales*, per ciò che il pretore le preordina '*propter iudicium*', è ridotta nel *D.* 45, 1, 5 (fr. che va sotto il nome di Pomponio, ed a cui corrispondono le *Inst.* 3, 18, 1) a comprendere le *stipu-*

eductio) (1) sulla base di formulari esistenti nell'albo, a lato di quelli che vi esistono delle *actiones* (2); oppure possono essere imposte di volta in volta, in vista dei singoli casi, analogamente alle *actiones in factum*. Possono consistere in semplici promesse verbali prestate da colui al quale sono imposte (*repromissiones*), o in promesse rafforzate col mezzo di garanzie (*satisdationes*) (3).

La ricusa di prestarle da parte di colui al quale il magistrato le impone, e di prestarle nei termini stessi precostituiti inderogabilmente da questo (4), può dar luogo alle conseguenze della *indefensio,* e determinare la *missio in possessionem* sopra l'intiero patrimonio o sopra cose singole di chi oppone siffatta ricusa (5). Anche può avvenire che per ordine del magistrato si faccia luogo, non ostante la mancata prestazione della *stipulatio,* ai medesimi effetti che si avrebbero qualora questa fosse avvenuta (6).

---

lationes quae a mero iudicis officio proficiscuntur. È evidente che dal punto di vista classico le *stipulationes iudiciales* così intese possono costituire una branca delle *praetoriae*, solo in quanto si presupponga che il *iudex* nell'imporle agisca come delegatario del pretore, e in forza dei poteri a lui rimessi.

(1) *Lex Rubr.* c. 21: 'eum, quei in ius eductus erit, de ea re ex formula repromittere.... decernito'.

(2) Cfr. Lenel, *Edictum*, 2 Aufl. p. 493 e segg.

(3) Ulp., *D.* 46, 5, 1, 6.

(4) Ulp., *D.* 45, 1, 52 pr.: 'In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant. enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris qui eas proposuit: denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet, neque addere neque detrahere'.

(5) Ulp., *D.* 39, 2, 7 pr.

(6) *La Rubria*, c. 20 cit.: 'aut sei damnei infectei satis datum non erit, in ea verba iudicium det: Iudex esto. Sei antequam

3. La *missio in possessionem* può aver luogo sopra intieri patrimoni, o sopra cose singole (*missio in bona,* o *missio in rem*), a seconda della diversa natura dei diritti alla cui tutela intende. Esempio caratteristico di *missio in bona* è quello che ha luogo sul patrimonio del debitore contumace, o *indefensus* (1); di *missio in rem* è quello che si verifica sul fondo pericolante, nel caso di mancata prestazione della *cautio damni infecti* al vicino che tema di soffrir danno dalla rovina (2). La *missio in possessionem* conferisce sopra l'universalità delle cose, o sopra le cose singole che ne sono oggetto, dei poteri d'intensità diversa, secondo la diversa natura dei diritti per la cui tutela è concessa (3), e dei diversi scopi ai quali essa in corrispondenza con questi intende.

---

id iudicium qua de re agitur factum est, Q. Licinius damnei infectei eo nomine qua de re agitur ea stipulatione, quam is quei Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio satis dedisset, tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret..... Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damnei infectei satis dare noluit, condemnato '.

(1) Cfr. sopra a p. 93, 102; Ulp., *D.* 42, 4, 2; 42, 4, 7, 1-2.

Per la critica specialmente del fr. 1 *D.* 42, 4, e la spiegazione del numero di tre sole '*causae ex quibus in possessionem mitti solet*', in luogo delle sei che sono notate in altri testi e sono accettate di solito dagli scrittori (cfr. Hellmann, *Ueber missio in poss. im röm. und im heut. Rechte, Festg. f. Planck*, p. 229 e segg.) è da segnalare la bella nota del Solazzi, *Dote e nascituro nella missio im possessionem, Rend. del R. Ist. Lombardo*, XLIX, 1916, p. 312 e segg.

(2) Ulp., *D.* 39, 2, 7 pr.; Ulp., *D.* 42, 4, 1.

(3) Pomp., *D.* 42, 4, 12: 'Cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem

4. La *restitutio in integrum* è uno strumento, mediante il quale il magistrato pronunzia l'annullamento di atti o negozi regolarmente compiuti alla stregua del *ius civile,* ma che portino nel caso concreto ad una lesione ingiusta del diritto altrui; strumento al quale il magistrato medesimo ricorre ad istanza degli interessati, sulla base di certi titoli ch'egli giudichi meritevoli di riguardo e tutela (1). Esso può trovare applicazioni nel campo processuale, come in quello degli atti o negozi non processuali; ed ha per effetto in generale di rendere come non avvenuto l'atto o il negozio contro il quale è rivolto, e d'impedire che questo valga a produrre gli effetti che altrimenti avrebbe (2). Esperita contro la sentenza del *iudex*, la *restitutio* apre adito ad un processo nuovo (*iudicium restitutorium*) sopra il rapporto già deciso con questa (3). Concessa dapprima dal magistrato ad istanza dell' interessato che abbia patito lesione, sulla base di cause valutate di volta in volta, essa fu regolata di poi nell'editto, mediante la statuizione espressa di certi titoli riconosciuti come idonei a provocarla (4). Tali titoli consistono nell'assenza *rei publicae causa* (o nella cattività di guerra del danneggiato); nell'età di lui inferiore

---

nos mittit, non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis concedit '.

(1) Paolo, *R. S.* 1, 7, 1: ' Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio '. *Actio* è usata qui evidentemente in senso generico ed improprio, così come è adoprata altrove a designare gli interdetti.

(2) *Dig.* 4, 1 *(De in integrum restitutionibus).*

(3) Cfr. in particolare Duquesne, *Ciceron pro Flacco chap. 30-32 et l' in integrum rest., Annales de l'Université de Grenoble*, XX, 1908, p. 285 e segg.

(4) Lenel, *Ed.* 2 Aufl., p. 108 e segg.

ai 25 anni (1); nel dolo, nella violenza e nell'errore, sotto la cui influenza il negozio lesivo sia stato contratto; nella *capitis deminutio* subita dal debitore, e dalla quale abbiano patito danno i creditori di lui, per conseguenza del seguitone annullamento della sua capacità patrimoniale.

---

(1) Che anche il pupillo, al pari del minore, avesse diritto alla *restitutio in integrum* contro gli atti lesivi compiuti per lui dal tutore, o compiuti da lui medesimo coll'*auctoritas* del tutore, è riconosciuto comunemente; e lo riafferma ora efficacemente il SOLAZZI, *La restitutio in integrum del pupillo*, *B. d. i. d. d. r.* XXVII, 1915, p. 296 e segg.; in contrasto al PARTSCH, *Studien zur negotior. gestio*, I, p. 83.

Cap. VII.

La rappresentanza e l'assistenza processuale.

1. Durante il periodo delle *legis actiones* vigeva come regola che i contendenti dovessero comparire personalmente, sia nel cospetto del magistrato, *in iure,* sia nel cospetto del *iudex, in iudicio:* e non potessero esservi rappresentati da altri (1).

2. A codesta regola si faceva eccezione soltanto in certi casi: pel pupillo, il quale poteva essere rappresentato dal suo tutore *(pro tutela):* pel detenuto in condizione servile, del quale fosse rivendicata la libertà da un *adsertor libertatis* (*pro libertate*); per l'assente *rei publicae causa,* che durante l'assenza fosse danneggiato da un furto (*ex lege Hostilia*); e forse pel cittadino che intervenisse ad esercitare alcuno di quei diritti, la cui tutela costituiva materia delle azioni popolari (*pro populo*) (2).

---

(1) Gaio, 4, 82: 'cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeter quam ex certis causis'.

Fondamentale, per la storia della rappresentanza processuale, è la monografia dell'Eisele, *Cognitur und Procuratur: Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung,* Freib. und Tübingen, 1881. V. pure Rümelin, *Zur Gesch. der Stellvertretung im röm. Civilpr.* 1886.

(2) *Inst.* 4, 10 pr.: 'cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela, prae-

3. Sembra che fosse ammesso del pari che il vecchio sessuagenario e l' infermo potessero costituire a rappresentarli, nel processo a cui si trovassero impotenti a presentarsi di persona, un *cognitor* (3). Questo doveva essere nominato con certe parole sacramentali e solenni, pronunziate dal rappresentato in presenza dell'avversario (4); ed

---

terea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent '. Intorno alle caratteristiche del processo liberale e dell'*agere pro libertate* v. specialmente MASCHKE, *Der Freiheitsprozess im Klass. Altertum, insbesond. der Prozess um Verginia*, Berlin, 1888.

Per le congetture presentate intorno alla data della *lex Hostilia* qui ricordata, v. da ultimo HUVELIN, *Études sur le furtum dans le tres ancien droit Rom.* Paris, 1915, I, p. 117; il quale la ricollega ai vari plebisciti emanati durante il secolo VII d. R., allo scopo di favorire la condizione privata dei plebei.

(3) AUCT. AD HERENN. 2, 13, 20: ' *ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det* '.

(4) GAIO, 4, 83: ' Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat: ' *Quod ego a te* verbi gratia *fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do* ' ; adversarius ita: ' *Quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi P. Mevium cognitorem do* '. Potest, ut actor ita dicat: ' *Quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do* ' ; adversarius ita: ' *quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do* ' ; nec interest, praesens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris '; PAP., *Vat. fr.* 329: ' sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur '; ULP., *Vat. fr.* 318: ' non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut, si quid fuisset adiectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus '.

assumeva il processo in nome proprio (1); talchè, se esso aveva esito vittorioso per l'attore, il *cognitor* di lui era investito del diritto di procedere esecutivamente contro il convenuto vinto; o se il convenuto aveva a sua volta nominato un *cognitor*, l'esecuzione dell' attore o del suo *cognitor* poteva aver luogo direttamente contro di questo (2).

4. Durante il periodo del processo formulare, il *cognitor*, dianzi ammesso solamente nel detto caso, potè essere costituito anche da altri contendenti che non si trovassero

---

(1) Cic., *Pro Roscio com.* 18, 53: 'quid interest inter eum qui per se litigat et eum qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur, sibi soli petit, alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus',

Un notevole ricorso di rappresentanza, sostanzialmente corrispondente a quella del *cognitor*, si ha nella *lex Acilia repetundarum*, per le città o i reami stranieri vittime di concussioni, e che agiscono per mezzo di un loro cittadino, nel cui capo na luogo, in caso di condanna, la *aestimatio* del danno derivato da quelle *(regis populeive civisve sui nomine litem aestimatam esse sibei)*. Cfr. su codesto ricorso Hitzig, *Die Herkunft des Schwurgerichts im röm. Strafprozess*, Zürich, 1909, p. 22-3.

(2) Gaio, 4, 97: 'cum certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituitur cognitor, merito domini loco habetur'.

Che il *cognitor* sia stato riconosciuto già dal *ius civile*, e non debba invece la sua ricognizione al pretore, è vivamente sostenuto dall' Eisele, *Die Civilität der Cognitur*, *Beitr. zur röm. Rechtsg.* 1896, p. 91 e segg.; *Nochmals die Zivilität der Cognitur*, *Studien zur röm. Rechtsgesch.* 1912, p. 51 e segg., e inclina a codesta tesi anche il Debray, *A propos du cognitor*, *N. r. h. du dr. fr. et étr.* XXXVI, 1912, p. 270-81. Altrimenti il Wlassak, *Zur Gesch. der Cognitur*, *Breslauer Festg. z. Doctorjub. von R. v. Ihering*, 1892.

Resta pur sempre fondamentale, intorno alle caratteristiche

così impediti d' intervenire al processo (1); mentre, allato del *cognitor* costituito coll'osservanza delle forme rigorose dianzi accennate, fu ammesso a rappresentare giudizialmente il contendente quello stesso che si trovasse incaricato da lui della generale amministrazione delle cose sue, il *procurator;* o anche chi, senza previo incarico avutone, si presentasse a gerirne gli affari ed a sostenerne le liti, il *defensor* (2). Fra la condizione del *cognitor,* e quella del *procurator* e del *defensor,* esistevano tuttavia delle differenze profonde, quando essi intervenivano per l'attore; per ciò che il *cognitor*, assumendo il giudizio in proprio nome, rendeva impossibile, a colui che lo aveva costituito formalmente nel cospetto dell'avversario, di agire ulteriormente pel titolo al quale il giudizio si riferiva; mentre il *procurator* ed il *defensor* non rendevano impossibile, agendo, che il *dominus* intervenisse a sua volta ad esperire l'azione della quale rimaneva investito. In corrispondenza di tale differenza, fu prefisso per regola che il *procurator* ed il *defensor,* prima di agire pel *dominus,* avessero a prestare al convenuto la così detta *cautio de rato* (*ratam rem do-*

---

della rappresentanza processuale che ha luogo per mezzo del *cognitor*, la monografia dell'ALIBRANDI, *De cognitoribus penes Romanos veteres*, Roma, 1854. Degna di segnalazione per la ricchezza di dati sagacemente raccolti e vagliati, la dissertazione di dottorato del WIRBEL, *Le cognitor*, Paris, 1911.

(7) Cfr. LENEL, *Z. d. S. S.* IV, p. 149 e segg.

(8) GAIO, 4, 84: ' Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur. Quin etiam sunt qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum '.

minum habiturum) ; quale non occorre pel *cognitor* (1). Invece quando il *cognitor* da un lato, ed il *procurator* e il *defensor* dall'altro, intervenivano pel *dominus* convenuto, l'attore, che consumava agendo il suo diritto (2) aveva ugualmente titolo ad esigere una cauzione idonea ad accertare l'esecuzione del giudizio assunto da costoro (*satisdatio iudicatum solvi*). Fra il caso in cui il convenuto fosse rappresentato da un *cognitor* e quello in cui fosse rappresentato da un *procurator* o da un *defensor*, c'era differenza soltanto in ciò: che nel caso del *cognitor* la cauzione era prestata dallo stesso rappresentato presente alla sua costituzione;

---

(1) Gaio, 4, 97 : ' nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso vel a domino desideratur. Cum enim certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur. 98. Procurator vero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum ; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. Quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit '.

Sullo svolgimento di codesta *cautio* da prestarsi dal *procurator* e sopra i vari atteggiamenti di essa v. già il Lenel, *Ed.* 2 Aufl., p. 516 e la memoria del Debray, *La cautio amplius non peti, N. r. h. du dr. fr. et étr.* XXXVI, 1912, p. 5 e segg. La *cautio ratam rem dominum habiturum* sopraggiunta, sembra, solo nell' età imperiale, ha assunto praticamente il posto della antica *cautio amplius non peti*, che appare d'uso frequente presso Cicerone (*Brut.* 5, 18 ; *pro Roscio com.* 12, 35 ; *ad Att.* 1, 8, 1 ; *ad fam.* 13, 28,ª 2).

(2) Cic., *ad Att.* 16, 15, 2 ; Pomp., *ad Sab.* 46, 3, 23 ; Ulp. *D.* 15, 3, 10, 1 ; 44, 2, 11, 7 : ' adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit '.

mentre negli altri due casi era prestata dal *procurator* e dal *defensor* (1).

5. Accadde tuttavia, nel corso della giurisprudenza del II° sec. di Cr., che il *procurator,* benchè investito come tale della rappresentanza del *dominus* per mezzo di mandato non formale, potesse trovarsi in certi casi nella medesima condizione di un *cognitor;* e però agendo deducesse nel *iudicium,* al pari di questo, il diritto del *dominus;* e fosse esonerato conseguentemente dall'obbligo di prestare la *cautio de rato.* In siffatta condizione appunto si riconobbe essere il *procurator* di un *dominus* presente (2) ed il *procurator,* il cui mandato risultasse dai pubblici registri *(procurator apud acta factus)* (3). Solamente forse

(1) Gaio, 4, 101: 'Ab eius vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisdari debet, quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur. sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisdare iubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator'.

Se la *cautio iudicatum solvi* fosse redatta impersonalmente o personalmente, è controverso. Il Duquesne, *Contribution à l'étude de la cautio iudicatum solvi* cit., nelle *Mélanges Girardin*, 1907, p. 197 e segg., presenta come assai verisimile la seconda opinione; intesa però in guisa che nella *cautio* si facesse menzione di più persone eventualmente interessate all'esito del *iudicium*, e rispetto alle quali essa avesse efficacia.

L'analogia esistente fra il modo con cui era concepita la *cautio iudicatum solvi*, e quello con cui lo era la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, è acutamente dimostrata in un successivo lavoro, citato più sopra, dello stesso Duquesne, *La contexture générale de la cautio iudicatum solvi*, *Mélanges Fitting*, I, p. 321 e segg.

(2) Pap., *Vat. fr.* 351.

(3) *Vat. fr.* 317: 'nam cum apud acta nonnisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intellegendus est'; Pap.,

nell'ultimo diritto prevalse come regola generale che tutti i *procuratores* investiti di mandato ad agire consumassero, intentando l'azione, il corrispondente diritto del *dominus;* e che il processo esperito da un *procurator* o contro un *procurator* valesse a produrre, a favore o contro il *dominus* rispettivo, gli stessi effetti di quello esperito dal *dominus* personalmente, o contro di lui medesimo (1).

6. Situazione analoga a quella del *procurator,* che interveniva per incarico del *dominus,* aveva il tutore, che interveniva a rappresentare un pupillo assente o infante, e posto come tale nella impossibilità di partecipare al giudizio (2). Egli pure invero era tenuto in antico a prestare

---

Vat. fr. 331 cit.: ' quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio '.

(1) *D.* 3, 3, 27 pr. *D.* 5, 1, 5 6. L' Eisele, *Cognitur*, p. 171 e segg., limitava la portata di codesti luoghi al *procurator omnium bonorum* ed al *procurator* provveduto di un apposito mandato alla lite. Ma il sospetto ch'essi non rispecchino un principio classico sembra inevitabile, dal confronto istituito fra essi e il principio che dai *Vat. fr.* 317 e 311 appare dominante tuttora nel tempo dei Severi.

Sopra influenze provinciali, in materia di rappresentanza anche processuale, v. Wenger, *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, Leipzig, 1906; *Götting. Gelehrten Anzeige*, 1907, p. 306-8.

(2) La *defensio* del pupillo presente ed *infantia maior* ha luogo coll' *auctoritas*, che il tutore presta al pupillo medesimo nell'atto in cui questi interviene alla *litis contestatio* (Ulp., *D.* 26, 7, 1, 2); nel quel caso egli stesso è attivamente e passivamente investito della lite, ed è passibile perciò egli solo dell' *a. iudicati.* Il tutore del pupillo presente e *infantia maior* è passibile dell'*actio iudicati* solo nel caso in cui egli abbia assunto in capo proprio la lite, invece di prestare al pupillo cotale

la *cautio de rato* (1) e la *satisdatio iudicatum solvi* (2): rispettivamente nel caso in cui intervenisse a rappresentare un pupillo in veste di attore, o a rappresentarlo invece in veste di convenuto. La giurisprudenza dell'età classica venne tuttavia rimettendo il rigore col quale la prima di esse cauzioni era fino ad un certo tempo richiesta, ed apprestò l'abolizione che ne seguì da ultimo nel diritto giustinianeo (3).

---

auctoritas, così come egli avrebbe potuto *(liti se optulit)*. Intorno alle interpolazioni apportate nel cit. fr., allo scopo di fissarvi la regola generale che l'*a. iudicati* sia esperibile sempre contro il pupillo, anche quando il tutore '*liti se optulit*, cfr. WENGER, *Actio iudicati*, p. 193 e segg.; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, *B. d. i. d. d. r.* XXIV, p. 116 e segg.

Il tutore non può invece, pel diritto romano classico, provvedere alla rappresentanza processuale del pupillo, costituendogli con un atto suo proprio un procuratore: può solo prestare l'*auctoritas* al mandato che il pupillo stesso conferisca ad altri di rappresentarlo (ULP., *D.* 36, 1, 38, 1; ALESS. SEV. *C.* 2, 12, 11). Sopra la diversa pratica vigente nel diritto locale greco egizio, di *procuratores* dei pupilli eletti dai tutori, cfr. SOLAZZI, *Diritto ufficiale e diritto popolare nella rappresentanza processuale dei pupilli*, *Rend. dell'Ist. Lomb.*, XLIX, 1916, p. 202 segg.

L'istituto del *curator ad litem* dell'impubere *(Inst.* 1, 21, 31) appartiene solo al diritto tardo; ed è dovuto a quel medesimo moto giustinianeo, che ha inteso ad estendere i casi classici di supplenza del *tutor* mediante un *curator impuberis*. Cfr. SOLAZZI, *Curator impuberis*, Roma, 1917, p. 149 e segg.

(1) GAIO, 4, 101.

(2) GAIO, 4, 99: 'Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisdare debere verba edicti faciunt; sed aliquando illis satisdatio remittitur'.

(3) GAIO, 4, 99 cit. Si trova pronunziato poi come di regola: ULP., *D.* 26, 7, 23: 'Vulgo observatur, ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum, quia rem in iudicium deducit'. Ma

Invece il rappresentante delle città (*municipia, coloniae*) poi dei *collegia* (*actor*), nominato di volta in volta dagli organi rispettivi (1), variamente secondo le singole leggi costitutive, a far valere giudizialmente qualche loro diritto, aveva situazione corrispondente a quella del *cognitor* : e però era esonerato dall' obbligo di prestare la *cautio* fin dal momento in cui siffatta rappresentanza fu ammessa (che sembra da porre in sullo scorcio della repubblica) (2) ; nella stessa guisa con cui lo fu più tardi il rappresentante stabile delle città, il *syndicus*, che figura nelle fonti dell'età giustinianea (3).

7. Le parti, che intervenivano in proprio nome al processo, e parimente il *cognitor*, il *procurator*, il *defensor*, che v' intervenivano per altri, potevano presentarsi coll'assistenza di persone eloquenti, o di periti nella giurisprudenza

---

codesto luogo si riconosce alterato dai compilatori. SOLAZZI : *La minore età*, p, 205.

(1) ULP., *D.* 3, 4, 2 : ' Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi ; hic enim pro re publica vel universitate intervenit, non pro singulis '.

(2) Cfr. RAMADIER, *La representation judiciaire des cités d'apres l'edit du preteur, Études d'histoire juridiques offerts à P. F. Girard*, Paris, 1913, I, p. 259 e segg.; il quale giustamente dissente dal RÜMELIN, *Zur Gesch. der Stellvertr.* cit., che ravvisa un'applicazione della rappresentanza delle città già nel *lege agere pro populo*.

(3) MITTEIS, *Röm. Privatr.* I, p. 288, n. 41 ; ALBERTARIO, *Syndicus, B. d. i. d. d. r.*, XXVII, 1915, p. 87 e segg. ; SAN NICOLÒ, *Aegyptisches Vereinswesen zur Zeit der Ptolomäer und Römer*, München, 1914-5, II, p. 133-5.

e in altre arti, i cui lumi giovassero a recar soccorso nella controversia di cui si trattava: coll'assistenza di *oratores* e di *advocati*. Separati e distinti da prima fra loro, gli *oratores* ed *advocati* finirono per confondersi; specialmente perchè, collo svilupparsi e col complicarsi dei rapporti della vita giuridica, s'impose come un' imprescindibile necessità suffragare l'eloquenza giudiziaria col presidio delle cognizioni tecniche di giurisprudenza (1).

8. L'assistenza degli *oratores,* che in antico era gratuita, aveva certamente cessato di esser tale già a mezzo del secolo VI° di Roma, nel tempo in cui la legge *Cincia* intervenne a fissare come regola, di contro ad abusi manifestatisi: *ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat* (2). Il tentativo posto in atto da cotesta legge, di tener ferma la gratuità dell' ufficio, fu rinnovato invano da Augusto (3). Tanto saldo e diffuso durava nella vita il costume di compensare gli *oratores advocati,* che poco appresso dei rescritti di Claudio si limitarono a stabilire che i compensi non avessero ad oltrepassare certa mi-

---

(1) Pseudo Ascon. *in Cic. div.* 4: ' Aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut ius suggerit aut praesentiam suam accomodat amico '.

La molteplicità degli avvocati costituiva già la regola nel tempo di Cicerone, *Brut.* 57, 207: ' ita ab his sex patronis causae inlustres agebantur; neque tam multa, quam nostra aetate iudicia fiebant, neque hoc quod nunc fit, ut causae singulae defenderentur a pluribus, quo nihil est vitiosius '. E Cicerone stesso narra di sè, a proposito della sua difesa di Cluenzio, che ' totam hanc causam vetere instituto solus peroravi ' *(pro Cluent.* 70, 199).

(2) Tac., *Ann.* 11, 5.

(3) Dione Cass. 54, 185.

sura (1); mentre gli imperatori successivi vennero riconoscendo che essi *oratores* potessero pretendere dai loro clienti un corrispettivo dell' opera propria, per mezzo di strumenti processuali rimessi alla *extraordinaria cognitio* (2). Soltanto furono interdette a costoro certe convenzioni coi loro clienti, che erano pericolose per gli interessi di questi o dannose per l'amministrazione della giustizia. Così appunto fu interdetto, e dichiarato improduttivo di giuridica efficacia, il patto *de quota litis*, col quale l'oratore avvocato si riserbasse una percentuale sul valore della cosa litigiosa (3); il patto di *palmarium*, col quale egli convenisse un compenso nel solo caso di vittoria (4); il patto di *redemptio litis*, col quale si sostituisse alle ragioni litigiose del cliente (5).

---

(1) Tac., *Ann.* 11, 7; 13, 5; Svet., *Nero* 17.

(2) Paolo, *D.* 19, 2, 38, 1; Ulp., *D.* 50, 13, 1, 10-13.

(3) Ulp., *D.* 50, 13, 1, 12.

(4) Ulp., l. cit.

(5) Ulp., *D.* 17, 1, 6, 7.

Specialmente intorno agli onorari degli avvocati si trovano raccolte copiose notizie nel vecchio libro del Grellet Dumazeau, *Le Barreau romain*, 2 ed. Paris, 1858, p. 113 e segg.; utile pure per altri aspetti del tema.

L'advocatus, il quale commetta qualche colpa, può nell'impero essere colpito, dal magistrato investito della suprema direzione di polizia, coll'*interdictio* di esercitare il suo ufficio, di solito per certo tempo, ma anche talora in perpetuo. Cfr. Pap., *D.* 3, 1, 8; Ulp., *D.* 1, 12, 1, 13: 17, 1, 6, 7 cit.; Carac., *C.* 2, 6, 1; 10, 61 (59) 1. E cfr. in proposito specialmente Mommsen, *Röm. Strafr.* p. 1103 (trad. fr. III, p. 356-7).

Cap. VIII.

La translatio iudicii.

1. In corrispondenza col carattere contrattuale della *litis contestatio,* e coll'effetto ch'essa ha di costituire il *iudicium* fra le stesse persone intervenutevi, avviene che mutandosi una di queste, il *iudicium* stesso venga meno e che, a mantenerne gli effetti positivi, occorra una *translatio iudicii* per opera del magistrato; la quale ha luogo o per mezzo di una *restitutio in integrum,* che consenta di fissarlo sulla formula modificata in relazione all'avvenuto mutamento (1), o per mezzo di una *litis contestatio repetita die,* in base alla quale è costituito un *iudicium* nuovo, in cui sono trasferiti tutti gli effetti di quello estintosi col venir meno di una delle parti (2).

2. La *translatio iudicii* ha luogo nel caso di sostituzione di un *cognitor* nuovo ad un *cognitor* precedente, che sia morto o divenuto incapace per *capitis deminutio,* o che

---

(1) Eisele, *Z. d. S. S.* II, 1881, p. 138-40; Wlassak, *Zur Gesch. der Cognitur, Breslauer Festg. zum. Doktorjubil. von R. v. Ihering,* 1892, p. 40-1.

(2) Duquesne, *La translatio iudicii dans la procédure civ. Rom.,* Paris, 1910, p. 90 e segg. Non ha seguito invece la dottrina dello Sperl, *Succession in den Process,* I, 1905, p. 12 e segg.; giusta la quale la *translatio iudicii* avrebbe luogo per mero effetto della successione nel rapporto processuale costituito

abbia perduta la fiducia del *dominus,* il quale intenda di revocarlo per plausibili ragioni da valutarsi dal magistrato giusta un apposito editto (*de cognitore abdicando vel mutando*) (1); ed in seguito nel caso di sostituzione di altri rappresentanti processuali, ai quali si vennero estendendo le norme e discipline stabilite pel *cognitor* (*procurator, tutor, curator*) (2). Ha luogo pure nel caso di morte d'uno dei contendenti e di successione ereditaria nei rapporti processuali d'uno di questi; nel quale occorra sostituire nella *formula* corrispondente al nuovo *iudicium* il nome dell'erede a quello del morto (certamente nella *condemnatio* e forse anche nella stessa *intentio*) (3); nel caso di *capitis deminutio* patita da uno dei contendenti (4); nel caso di trapasso del servo autore di un danno che abbia provocato un'azione nossale, dal dominio di colui contro il quale l'azione era stata esperita, al dominio d'altra persona di-

---

dalla parte nel cui luogo si subentra, senza bisogno di una nuova *litis contestatio*, e senza perciò costituire una *novum iudicium*. Cfr. in contrario già Koschaker, *Translatio iudicii*, Graz, 1905, p. 9 e segg., e specialmente Duquesne, *op. cit.*, p. 36 e segg.; il quale disconosce assolutamente la possibilità che la *translatio iudicii* abbia mai potuto operarsi senza una nuova *litis contestatio* e d'autorità del magistrato: possibilità che invece il Koschaker ammette in certi casi.

(1) *Vat. fr.* 341; Ulp., *D.* 3, 3, 25 e 27; Paolo, *D.* 3, 3, 26. Cfr. Lenel, *Edictum*, p. 124.

(2) Cfr. Koschaker, *op. cit.*, p. 65 e segg.; Duquesne, *op. cit.*, p. 137 e segg.

(3) Duquesne, *op. cit.*, p. 164 e segg. Altrimenti il Koschaker *op. cit.*, p. 252, riteneva che l'erede succedesse nel rapporto processuale del suo autore *ipso iure*, e senza bisogno di una nuova *litis contestatio*.

(4) Triph., *D.* 5, 2, 22, 3.

versa (1); e finalmente nel caso di assenza del padre, che avesse esperito a nome del figlio un'*actio iniuriarum* per ragione d' ingiurie patite da questo, e d' intervento del figlio stesso ad esperirla personalmente (2).

Che anche la *mutatio iudicis* desse luogo a *translatio iudicii* sembra doversi ammettere come estremamente verisimile, da chi riconosca, come facciamo noi pure, che la *litis contestatio* seguisse, almeno nel periodo formulare, la *datio iudicis,* e che la delazione del *iudicium* al *iudex* sul quale le parti si erano accordate, avesse a formare un essenziale elemento di quella. Ciò doveva portare di necessità che un mutamento avvenuto nella persona di questo desse luogo ad una *restitutio litis* e ad nuova *contestatio* (3).

---

(1) Paolo, *D.* 3, 2, 14; Gaio, *D.* 9, 4, 15; Paolo, *D.* 40, 12, 24, 4.

(2) Ulp., *D.* 47, 10, 17, 14 e 22.

(3) Cfr. in questo senso il Duquesne, *op. cit.*, p. 221 e segg. Contrariamente il Koschaker, *op. cit.*, p. 311, esclude che la *mutatio iudicis* desse luogo a *translatio iudicii.*

LIBRO II

L' EXTRAORDINARIA COGNITIO

Cap. I.

La genesi e le caratteristiche dell'extraordinaria cognitio.

1. Nello stesso periodo in cui il processo ordinario aveva luogo coll'osservanza delle discipline e delle forme descritte nel libro precedente, si venne introducendo, per talune particolari controversie attinenti materie connesse all'ordine pubblico e ad uffici di carattere sociale, che lo Stato aveva a sè attratti col decadimento degli ordini familiari, una diversa maniera di processo; la quale si svolgeva intieramente, dalla citazione alla sentenza, davanti a certi magistrati e funzionari imperiali; e nella quale costoro, personalmente o per mezzo di ufficiali subalterni, prestavano ai contendenti la propria assistenza in tutti gli atti, da quello introduttivo del giudizio a quello esecutivo del giudicato.

Cotesta forma di processo eccezionale (*extraordinaria cognitio*) appare intimamente collegata colle funzioni amministrative di tali magistrati e funzionari, e lo svolgimento di essa è dominato da regole e discipline analoghe a quelle vigenti per l'esercizio di cotali funzioni, ed è inspirato a finalità pubblicistiche analoghe a quelle prefisse per queste (1).

---

(1) Fondamentali rimangono tuttora le ricerche del Pernice, *L'ordo iudiciorum e l' extraordinaria cognitio durante l'impero romano*, *Arch. giur.* XXXVI, 1886, p. 116-148 (trad. da A. Gau-

2. Essa trova luogo in Roma, durante l' impero classico, per certe controversie relative alle locazioni di edifizi urbani, deferite al *praefectus vigilum,* in connessione colle sue funzioni di polizia (1); per altre attinenti a violente privazioni di possesso deferite al *praefectus urbi* (2), o ricollegantisi a commerci del grano occorrente all'approvvigionamento della capitale, deferite al *praefectus annonae* (3).

Ha luogo inoltre per le questioni attinenti a prestazioni alimentari (4), a fedecommessi (5), a tutele (6), allo stato di libertà e di famiglia (7), deferite prima, in forza di statuizioni imperiali, ai consoli; e in seguito, tra gli Antonini e i Severi, ad appositi e speciali *praetores (fideicommissarius, tutelaris, de liberalibus causis).* Cotesta forma si trova praticata anche dai pretori ordinari, per certe con-

---

DENZI, dal testo tedesco inserito nel *Festg. f. Beseler*, 1885, p. 36 e segg.); *Parerga*, nella *Z. d. S. S.*, V, p. 29 e segg. (cfr. pure *Z. d. S. S.* XIV, p. 46 e segg.)

Contro la congettura proposta da R. SAMTER, *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, Weimar, 1911, secondo la quale l'essenza della *extraordinaria cognitio* consisterebbe nella libertà dell'attore di designare nell' inizio e nel corso del processo l'azione corrispondente alla sua pretesa, e nella base di mero fatto su cui questa sarebbe fondata, v. BERGER, *Zeitschr. f. Priv. u. öff. Recht*, XL, p. 311 e segg.; STEINWENTER, *Krit. Vierteljahrschr.* 1914, p. 59 e segg.

(1) PAOLO, *D.* 19, 2, 56.

(2) ULP., *D.* 1, 12, 1, 6.

(3) PAOLO, *D.* 14, 5, 8; ULP., *D.* 14, 1, 1, 18.

(4) GAIO, 2, 278.

(5) ULP., *D.* 25, 3, 5 pr.

(6) SVETON. *Claud.* 23; CAPIT., *Vita M. Ant.* 10; ULP., *Fragm.* 11, 20; *D.* 27, 9, 1, 2.

(7) ULP., *D.* 40, 12, 27, 1-2; 35, 1, 50.

troversie relative a dei rapporti novellamente riconosciuti e protetti, come quelle riguardanti il correspettivo di prestazioni ed uffici personali che non rientravano nei concetti e nei termini della *locatio operarum* (1), o per altre connesse a materie fiscali insorte fra privati e publicani (2); così come si trova adoprata dai *tribuni plebis,* nell'esercizio di alcune attribuzioni giudiziarie loro affidate nell'impero, in particolare sopra questioni attinenti i compensi di opere liberali ed in materia di *auctoratio* (3).

Lo strumento, mediante il quale tale processo straordinario è promosso, si suol designare col nome di *persecutio,* separato e distinto dall'*actio (condictio,* o *vindicatio* e *petitio)* che provoca il processo ordinario (4).

3. Di eccezionale che era, tale forma di processo, intieramente rimessa a magistrati e a funzionari imperiali, viene assumendo durante l'impero un'applicazione e diffusione via via più larga, specialmente nelle provincie e nei reami sottoposti alla diretta autorità imperiale, in cui si ricollega ad istituti che vi esistevano precedentemente alla conquista; e finisce per soppiantare, già nel corso del secolo III di

(1) Ulp., *D.* 50, 13, 1.

(2) Tac., *Ann.* 13, 51.

(3) Ulp., *D.* 3, 1, 3 pr.; 46, 7, 3, 5: Gioven., *Sat.* 7, 228; Dione Cass. 60, 28, 1. Cfr. Kübler, *Privatrechtliche Competenz der Volkstribunen in der Kaiserzeit, Festg. f. Hirschfeld,* Berlin, 1903, p. 50 e segg. Le conclusioni del K. sono contestate dal Lefèvre, *Du rôle des tribuns* cit., p. 227 e segg.; non tuttavia, per quel che ci sembra, in modo persuasivo.

(4) Ulp., *D.* 50, 16, 178, 2: 'persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri'; Pap., *D.* 44, 7, 28.

C., la vecchia procedura improntata sulla partizione dei due stadi *in iure* ed *in iudicio.* Che nel momento di Diocleziano e Massimiano essa costituisse già la forma di processo predominante, sembra ragionevole desumere specialmente da una costituzione, mediante la quale codesti principi si sforzano di tener ferme le regole della *plus petitio ;* costituzione, la cui pratica utilità si può comprendere soltanto di fronte ad un mutamento sopraggiunto, in relazione alle forme del processo classico, ed in particolare alla partizione di questo nei due stadi del *ius* e del *iudicium* (1). L'altra costituzione di Costanzo e Costante, che abolisce le *' iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes',* sembra che nella sua portata originaria si riferisse, piuttosto che a sopravvivenze dell'antico *ordo* in qualche provincia, a persistenze pur nel nuovo processo intie-

---

(1) Diocl. e Mass., *Consult.* 5, 7 *(ex corp. Hermog. de cal.):* ' Quotiescuscumque ordinatis actionibus aliquid petitur, ideo petitor cogitur specialiter genus litis edere, ne plus debito aut eo quod competit postuletur. Sive itaque fideicommissum sive fundus sive pars fundi sive domus sive pars domus sive debitum aut quodcumque petatur, specialiter designari debet petitionis summa vel quantitas, cum genus litis editur. Si quis igitur plus eo quod ei competit vel debetur petierit, rem et causam de qua agitur perdit. Plus enim petitur, sicut responsis prudentum continetur, summa loco tempore causa qualitate aestimatione '.

La c. 2 *C.* 3, 3 degli stessi principi, che circoscrive la facoltà dei presidi di deferire la cognizione di controversie loro sottoposte a dei *iudices pedanei*, non costituisce da sè sola elemento bastevole, per affermare che nel tempo in cui essa fu promulgata il nuovo sistema avesse assunto un valor generale, e non fosse piuttosto limitato ancora a singoli rapporti di carattere straordinario.

ramente rimesso al magistrato dell'osservanza di certe forme nella redazione degli atti iniziali *(cunctorum actibus)*, e specialmente nella enunciazione della pretesa nella *denuntiatio* e poi nel *libellus* (1).

4. Il magistrato, che assume la cognizione del processo dalla citazione alla sentenza, ed interviene, in rappresentanza dello Stato, in tutti gli atti di questo, informa il proprio ufficio ad un senso nuovo e diverso da quello che inspirava, nel classico *ordo iudiciorum privatorum*, così l'opera del magistrato intesa *in iure* ad organizzare l'arbitrato, come l'opera del giudice privato, delegato dalle parti, e sulla fede in lui riposta, a pronunziare *in iudicio* la sentenza entro i termini di quello. In quanto mira ad attuare a nome dello Stato la giustizia fra i consociati (2), egli deve applicare alla specie sottoposta al suo giudizio le norme vigenti di

---

(1) Costante e Cost., *C.* 2, 57 (58), 1 *(De formulis et impetratione actionum sublatis)*. Il Partsch, *Schriftformel* cit., p. 122, vi ravvisa un documento della persistenza delle *formulae* nel processo provinciale. Altri suppose ch'essa si riferisse alle istruzioni scritte, che nelle provincie il magistrato investito della giurisdizione soleva rilasciare ai suoi delegati nell'esercizio di questa: Boulard, *Les instructions écrites du magistrat au juge commissaire dans l'Egypte romain*, Paris, 1906; Bertolini, *op. cit.* III, p. 124-5. Pel diritto giustinianeo cfr. *Inst.* 4, 15, 8: 'quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum': 3, 12 pr.: 'cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt'.

(2) Diocl. e Mass., *C.* 7, 62, 6, 1: 'votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis quam iustitiam locum habere'; S. Ambr., *In Psalm.* 118, 14: 'Iudicii finis iustitia est'.

diritto, indipendentemente dalla invocazione che ne facciano le parti e supplendo d'ufficio a loro eventuali omissioni (1); deve provocare le parti stesse, con opportune interrogazioni loro rivolte direttamente, a fornirgli ogni dato ed elemento di fatto, che valga a procacciargli la piena e precisa conoscenza dei termini della controversia pendente e delle rispettive ragioni di esse parti (2); deve tener conto di domande riconvenzionali spiegate dal convenuto durante il giudizio, e condannare corrispondentemente l'attore nell'oggetto di queste (3) nell'atto medesimo in cui ne respinge la pretesa; e, più ancora, può avocare a sè la cognizione di una causa criminale, che si complichi con quella civile

---

(1) Diocl. e Mass., *C.* 2, 10 (11) *(Ut quae desunt advocationi partium iudex suppleat)* 1: ' Non dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire '.

(2) Costant., *C.* 3, 1, 9: ' Iudices oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, ne quid novi addere desiderent, cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per iudicem, sive ad maiorem potestatem referenda sit '.

(3) Giustin., *C.* 7, 45, 14: ' Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit, non solum iudicem de absolutione rei iudicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur. Cuius enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur '.

a lui deferita, e può deciderle entrambe con una stessa sentenza (1).

In quanto egli è chiamato a decidere la controversia per conseguenza del pubblico magistero ond'è investito, non già per effetto della fiducia personale in lui riposta dalle parti, nè per delegazione di queste, l'individualità di lui cessa di avere sulla costituzione del giudizio il valore essenziale che aveva necessariamente durante il periodo nel quale il privato, a cui spettava di proferire la sentenza, era prescelto normalmente dalle parti medesime. E però il *iudicium* non subisce più alterazioni, per effetto delle sostituzioni sopraggiunte nelle persone dei giudicanti nel corso degli atti intercedenti fra la citazione e la sentenza (2).

5. I magistrati investiti della giurisdizione civile, nel periodo di cui qui ci occupiamo, sono in molta parte diversi da quelli che ne erano investiti durante il periodo precedente; e che la esercitavano in questo, organizzando *in iure* l'arbitrato da sottoporsi al *iudicium* di giudici privati (3). In luogo dei pretori che rimangono investiti

(1) VALER. e GALL., *C.* 3, 8, 3: 'cum civili disceptationi principaliter motae quaestio criminis inciderit vel crimini prius instituto civilis causa adiungitur, potest iudex eodem tempore utramque disceptationem sua sententia dirimere'; COSTANT., *C.* 3, 8, 4. L'indipendenza dell'azione civile dalla criminale, nel caso in cui un medesimo atto dia luogo ad entrambe; e l'esperibilità della criminale, non ostante la precedente reiezione della civile, è ribadita da VAL. GRAZ. e VALENTIN., *C.* 9, 31 *(Quando civilis actio criminali praeiudicet et an utraque ab eodem exerceri potest).*

(2) Cfr. su codesto svolgimento le belle considerazioni del DUQUESNE, *La translatio iudicii*, p. 17 e segg.

(3) Cfr. sopra a p. 15; e aggiungi pel periodo di cui qui ci occupiamo: JÖRS, *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der*

soltanto di giurisdizioni speciali per alcune materie come le tutele e le cause di libertà (*praetor tutelaris, de liberalibus causis*) (1) assunsero la giurisdizione in Roma e cento miglia all' intorno il *praefectus urbi* (2) e subordinatamente a lui, il *vicarius in urbe* (3). Nel rimanente dell'orbe romano la giurisdizione è esercitata nelle singole *provinciae* dai rispettivi *praesides* e *rectores* (4) (fra i quali hanno rango preminente e titolo di *proconsules*, quelli delle tre provincie di Asia, Acaia ed Africa) (5); e in grado di appello dal vicario della diocesi di cui la provincia fa parte (6), poi dal *praefectus praetorio* che sta a capo della prefettura a cui la diocesi a sua volta appartiene (7). Per le cause di minore entità e che richiedono di loro natura sollecita decisione, essa è esercitata anche dai magistrati lo-

---

röm. Kaiserzeit, Festg. R. v. Ihering gewidm. von der Giess. jurist. Fak. Leipzig, 1892, p. 109 e segg.; Kübler, *Privatr. Competenzen der Volkstribunen in der Kaiserzeit*, cit.

(1) *Cod. Theod.* 6, 4: '*de praetoribus et quaestoribus*', *C. I.* 1, 39; *Dig.* 1, 14: *de officio praetorum.*

(2) *Cod. Theod.* 1, 6; *C. I.* 1, 28; *Dig.* 1, 12: '*de officio praefecti urbi*'.

(3) Valent. Val. Graz., *C. Th.* 11, 30, 36.

(4) *Cod. Theod.* 1, 16; *C. I.* 1, 40: *de officio rectoris provinciae; Dig.* 1, 18: *de officio praesidis.*

(5) *Cod. Theod.* 1, 12; *C. I.* 1, 35; *Dig.* 1, 16: *de officio proconsulis et legati.*

(6) *Cod. Theod.* 1, 15; *C. I.* 1, 38: *de officio vicarii.*

(7) *Cod. Theod.* 1, 5: *de officio praefectorum praetorio; C. I.* 1, 26: *de officio praef. praet. Orientis et Illyrici;* 1, 27: '*de officio praefecti praetorio Africae et de omni eiusdem dioceseos statu; Dig.* 1, 11: *de officio praefecti praetorio*'.

cali, dai *duoviri* (1) e dal *defensor civitatis* (ἔκδικος), (2) istituito nel 364 di C. come organo di protezione ed assistenza della gente umile contro le soperchierie dei *potentiores*. Condizione del tutto particolare seguita ad avere, anche rispetto all'amministrazione giudiziaria, l'Egitto, nel quale sta a capo di questa un *iuridicus Alexandriae et Aegypti*, in rappresentanza del *praefectus Aegypti* (3).

Esistono anche, nel periodo di cui discorriamo, delle giurisdizioni speciali, o in ragione della condizione del convenuto, o in ragione della materia. Così le controversie insorte fra ecclesiastici sono rimesse al giudizio del vescovo (*episcopalis audientia*); che assume larghe applicazioni in materia arbitrale anche fra laici (4). Le liti espe-

---

(1) Ulp., *D.* 2, 3, 1 pr.: Paolo, *R. S.* 5, 5ª, 1.

(2) *C. Th.* 1, 29; *C. I.* 1, 55: '*de defensoribus civitatum*'.

(3) *C. I.* 1, 57: *de officio iuridici Alexandriae; Dig.* 1, 20: *de officio iuridici.*

Intorno alla costituzione giudiziaria dell'Egitto nell'età romana, cfr. in particolare: Wenger, *Zur Competenz ägyptischer Gerichtsbehörden in der röm. Periode, Rechtshistor. Papyrusstudien*, Graz, 1902, p. 104 e segg.; Zucker, *Beitr. zur Kenntnis der Gerichtsorganisation im ptolemaïschen und röm. Aegypten*, nel *Philologus, Supplementb.* XII, p. 1, 1911, p. 132 segg. e gli utili cenni riassuntivi del Modica, *Introduz. allo studio della papirologia giuridica*, Milano, 1914, p. 322 e segg.; *Contributi papirologici alla ricostruzione dell'ordinamento dell'Egitto sotto il dominio greco romano*, Roma, 1916, p. 19 e segg.

(4) La opinione comunemente accolta (cfr. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.* III, p. 112 e segg.) che fino al secolo V, così in Oriente come in Italia, i vescovi esercitassero negli affari civili soltanto la giurisdizione arbitrale, in forza di compromesso liberamente pattuito fra i litiganti; differente dall'ordinaria unicamente per l'ampiezza della sua diffusione, e dopo il 408 per

rite contro dei militari sono decise, dopo il secolo V, dal capo da cui il convenuto dipende, dal *magister militum*,

---

l'inappellabilità dei lodi da essi proferiti (*C. Th.* 1, 27, 2 = *C. I.* 1, 4, 8) è riaffermata ora, colla scorta di un acuto esame dei testi relativi, dal De Francisci, *Per la storia dell'episcopalis audientia fino alla nov. XXXV (XXXIV) di Valentiniano.* estr. dagli *Annali della facoltà di giurisprud. della Università di Perugia*, XXX, 1915; il quale ribadisce in particolare la falsità della *c. Sirmond. (ad Ablabium)*, dimostrando come dal can. 9 del Concilio di Cartagine del 395 resulti manifesta la inesistenza allora di quella regola, che si vorrebbe far apparire sancita nella detta costituzione, giusta la quale uno dei litiganti avrebbe potuto in ogni caso deferire al tribunale vescovile la controversia, non ostante l'opposizione dell'altro. L'inesistenza di una giurisdizione contenziosa dei vescovi in materia civile è stabilita tuttora nella nov. 35 di Valentiniano, in quella parte in cui questi si riferisce alla costituzione di Arc. ed Onor., al *C. Th.* 16, 11, 1: 'quoniam constat episcopos.... forum legibus non habere nec de aliis caussis, secundum Arcadii Honorii divalia constituta, quae Theodosianum corpus ostendit, praeter religionem posse cognoscere'. Sul testo di codesta novella v. ora Gradenwitz, *Die Unstimmigkeit von Valentinians novelle* XXXV (XXXIV) *de episcopali iudicio, Festschr. O. Gierke.... dargebr.*, Weimar, 1911, p. 1069 e segg.

Le osservazioni del De Francisci recano un'esauriente confutazione dell'opposta dottrina del Martroye, *Saint Augustin et la competence de la jurisd. ecclesiast. au V siécle, Mém. de la societé nation. des antiq. de France*, 1910, p. 1 e segg.

Ad un procedimento arbitrale si riferisce anche il più antico e più cospicuo documento pervenutoci intorno alla *episcopalis audientia*, fra i papiri greco egizi. Cfr. Mitteis, *Griech. Urk. der Papyruss. zu Leipzig*, n. 43, p. 146 e segg.

Circa le generali competenze dell'*episcopalis audientia* sulle controversie promosse contro ecclesiastici v. la *nov.* 79. Una novella giustinianea (86, 1) rimette pure ai vescovi d'interporsi per aprire l'adito alle vie giudiziarie, presso le competenti magistrature laiche, a coloro che vantino con buon fondamento pre-

dal *dux* o dal *comes* (1). E le controversie, nelle quali è impegnato il fisco o il patrimonio particolare del principe, sono decise dai relativi *rationales (summarum* o *rerum privatarum)* (2).

6. I magistrati investiti della giurisdizione civile esercitano il loro ufficio, coll'assistenza, oltre che di *adsessores* e di *scribae*, già esistenti nel precedente periodo, con quella di *iudices pedanei*. Questi hanno carattere assolutamente diverso dai *iudices* del detto periodo; per ciò che, lungi dall'essere dei semplici privati incaricati di pronunziare un arbitrato quali fiduciarii delle parti, sono ufficiali subalterni del magistrato, che lo rappresentano nell'esaurimento dei singoli atti processuali ed eventualmente nella stessa pronunzia della sentenza (3).

7. L'esercizio della giurisdizione civile, come quello della criminale, ha luogo dopo il secolo III in aule, nelle

---

tese contro altri, o si dolgano di patite offese; ed impone ad essi di denunziare allo stesso imperatore i magistrati che si ricusino di far giustizia, non ostante codesta loro intercessione.

(1) *C. I.* 1, 46: *de officio iudicum militarium.*

(2) Diocl. e Mass., *C.* 3, 22, 5; *Dig.* 1, 19: *de officio procuratoris Caesaris vel rationalis.*

(3) *C. I.* 2, 3: *de pedaneis iudicibus.*

A codesti *iudices pedanei*, loro delegati nell' esercizio della giurisdizione, i magistrati solevano impartire per iscritto delle istruzioni, che servivano ad essi di guida per la decisione delle controversie rimesse al loro giudizio. Numerosi esempi ne porgono, per la giurisdizione esercitata in Egitto, i papiri greco egizi. Cfr. in proposito Boulard, *Les instructions écrites du magistrat au juge commissaire dans l'Egypte Rom.* cit. Questi ribadisce il

quali non è libero l'accesso al pubblico; e però vien meno, durante il periodo di cui ci occupiamo, non ostante gli sforzi di taluni principi intesi a preservarla (1), quella garanzia della pubblicità, che aveva costituito una caratteristica del processo civile nell'età antica e classica (2).

E può aver luogo in tutti i giorni, ad eccezione di quelli tassativamente fissati come feriali (*feriarum dies*), sia in riguardo a ragioni climatiche, sia in riguardo alle necessità dei lavori agricoli, sia finalmente, dopo l'assunzione del cristianesimo a religione di Stato, a ricorrenze di feste religiose (3).

---

concetto già largamente documentato dal PARTSCH, *Die Schriftformel im röm. Provinzialprozesse*, cit., p. 72 e segg., giusta il quale tra codeste istruzioni scritte e le *formulae* del processo ordinario romano non esiste veruna sostanziale corrispondenza: quale per contro era stata prima ravvisata da parecchi studiosi. Secondo il BOULARD, codeste istruzioni rappresenterebbero in Egitto la continuazione di una pratica risalente all'età tolomaica: ciò che è contestato dal KOSCHAKER, *Gött. gelehr. Anz.* 1907, p. 819-21.

(1) COSTANT., *C. Th.* 1, 12, 1: 'omnes civiles causas et praecipue eas, quae fama celebriores sunt, negotia etiam criminalia publice audire debebis'; 1, 16, 1'; VALENT. *C. Th.* 1, 16, 9: 'iudex non in secessu domus de statu hominum vel patrimoniorum sententiam ferat, sed apertis secretarii foribus intro vocatis omnibus aut pro tribunali locatus et civiles et criminales controversias audiat'.

(2) AMM. MARC., 18, 1, 4; 26, 3, 2: *Nov. Valent.* XXXIV, c. un. §. 14. Cfr. in proposito NABER, *De actionis deneg.*, *Mnem.* 1900, p. 62 e segg.

(3) *Dig.* 2, 12: *De feriis et dilationibus et diversis temporibus; C. I.* 3, 12: *de feriis.*

Cap. II.

L'introduzione e lo svolgimento del processo di cognizione.

1. L'atto introduttivo del processo, che si svolge intieramente davanti al magistrato o al funzionario imperiale investito della *iurisdictio*, continua a consistere, tuttora nel secolo III d. C., in un invito che l'attore rivolge estragiudizialmente al convenuto, di presentarsi nel cospetto del detto magistrato o funzionario, per contrastare se voglia alla pretesa che gli enuncia: in un invito che però ha omai luogo costantemente per mezzo di una *litis denuntiatio* scritta, venutasi sostituendo al *vadimonium* orale (1). Mentre tale *denuntiatio* era rimessa dapprima al convenuto, senza mediazione nè del magistrato giusdicente nè d'altri rappresentanti della potestà pubblica, fu stabilito da Costantino ch'essa dovesse essere annotata nei pubblici registri (2); ed assunse con ciò carattere e natura di atto pubblico,

---

(1) *Cod. Theod.* 2, 4: *de denuntiatione vel editione rescripti.* Cfr. Kipp, *Die Litisdenuntiation als Processeinleitungsform im röm. Civilpr.* Leipzig, 1887; *Denuntiatio litis*, nel Pauly Wissowa, *Realencycl.* V, 1, c. 223-6; Baron, *Der Denuntiationsproz.*, nelle *Abh. aus dem röm. Civilpr.*, Berlin, 1887; Eisele, *Zur Geschichte der Ladungsdenuntiation*, nei *Beitr. zur röm. Rechtsgesch.* Freiburg, 1896, p. 268 e segg.

(2) Costantin, *C. Th.* 2, 4, 2: ' Denuntiari vel apud provinciarum rectores vel apud eos, quibus actorum conficiendorum ius est, decernimus, ne privata testatio, mortuorum aut in diversis terris absentium, aut eorum, qui nusquam gentium sint, scripta nominibus, falsam fidem rebus non gestis affingat '.

piegandosi verso quelle forme della παραγγελία, colla quale s' introduceva il processo in alcune provincie grecizzanti, e specialmente in Egitto (1): ove appunto l'attore dirigeva al magistrato un' istanza scritta, per supplicarlo a voler chiamare nel suo cospetto il convenuto, affinchè rispondesse sulla pretesa, della quale enunciava succintamente in quella il fondamento ed i termini (2).

---

(1) Intorno alla παραγγελία greco egizia ed i documenti relativi, v. MITTEIS, *Zur Lehre von den libelli und der Prozesseinleitung nach den Papyri der früheren Kaiserzeit*, *Ber. der phil. hist. Klasse der Kön. Sächs. Gesellsch. der Wiss.* LXII, 1910, p. 62 e segg.; *Grundzüge der Papyruskunde*, 1912, p, 36 e segg.; STEINWENTER, *Studien zum röm. Vevsäumnisverfahren*, cit., p. 110 e segg.

Intorno al ricorso costante della scrittura, nella introduzione del processo egizio nell'età precedente alla conquista romana, ed alle singolarità della παραγγελία già esistente in questo v. SEMEKA, *Ptolemäisches Prozessrecht*, München, 1913, p. 245 e segg. Sopra le applicazioni della *litis denuntiatio* nel processo del Libro siriaco romano (*Lat.* § 75; *Arm.* § 47) cfr. KIPP, *Die Litisdenuntiation*, pagg. 275 e segg.

Taluno pensa che la *litis denuntiatio* si ricolleghi al processo vigente in Roma fra peregrini, ed abbia un addentellato storico nel *condictus dies cum hoste;* e che la notizia di AUR. VICT. *de Caes.* 16, secondo la quale già M. Aurelio avrebbe sostituita la *litis denuntiatio* al *vadimonium* come atto introduttivo del processo, abbia un fondo di vero, nel senso che dal processo peregrino essa si sia estesa allora a quello fra cittadini. Così EISELE, *Beitr.* cit.

(2) Nei documenti greco egizi (cfr. *Amh. Pap.* 81 e *Teb. pap.* 303, 434; MITTEIS, *Grundz.*, p. 36), la formula della παραγγελία è questa: ἀξιῶ, τούτου τὸ ἴσον δι' ὑπηρέτου μεταδοθῆναι αὐτῷ, ἵν' εἰδῇ παρεσόμενον αὐτὸν ἐπὶ τὸ ἱερώτατον τοῦ ἡγεμόνος βῆμα, ὅπου ἐὰν τὸν τοῦ νομοῦ διαλογισμὸν ἢ δικαιοδοσίαν ποιῆται. Analogie colla *l. denuntiatio* offre la *dicarum scriptio*, diffusa

2. Nel diritto giustinianeo, sopraggiunge quale atto introduttivo del processo, in luogo della *litis denuntiatio,* il *libellus conventionis* (1). Questo consiste in un documento recante una succinta esposizione della pretesa dell'attore e del suo fondamento; documento che l'attore medesimo presenta o fa presentare al magistrato, e che a cura di questo e dopo una sommaria delibazione, è fatto rimettere in originale o in copia, per mezzo di un *executor* (2), al convenuto, insieme coll'intimazione a comparire (3).

---

nelle provincie grecizzanti e nota per le applicazioni che serbò nel processo siculo sotto la dominazione romana. Consisteva in un'istanza rivolta all'autorità giudiziaria locale, ed iscritta nei pubblici registri a cura di questa, e da questa pure notificata al convenuto. La cognizione delle singole controversie, così introdotte mediante la *dicarum scriptio*, aveva luogo nel prossimo *conventus* del magistrato provinciale, secondo un ordine determinato dalla sorte (*dicarum sortitio*). Cfr. FLINIAUX, *La dicarum scriptio et deux papyrus egyptiens de l'époque Ptolemaique*, *N. r. h. du dr. fr. et étr.* XXXIII, 1909, p. 535 e segg.; GIRARD, *Les assises de Ciceron en Cilicie*, nelle *Mélanges Boissier*, 1903.

(1) *Inst.* 4, 6, 24: *C. I.* 7, 40, 3. Fondamentale, anche per la descrizione delle particolarità formali del libello, è l'opera del WIEDING, *Der justinian. Libellprocess*, Wien, 1865.

(2) Accanto all'*executor*, funzionario dipendente dal magistrato, compare nelle fonti bizantine con codesto medesimo nome un libero professionista, appartenente alle classi superiori, che s'intromette fra le parti, o a comporre ragioni litigiose, o a compiere o a dirigere atti processuali ed estraprocessuali. Un esempio ne porge ora uno dei papiri bizantini del Museo del Cairo, n. 67032: sopra il quale v. THOMAS, *La rôle et le choix de l'executor negotii dans la procedure extraord. à l'époque de Iustinien*, *Études d'histoire jurid. offerts à P. F. Girard*, I, 1913, p. 379 e segg.

(3) *C.* 7, 40, 3, 3 cit.: 'qui obnoxium suum in iudicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit'.

Una novella giustinianea (112, c. 2), ad evitare che si intro-

Benchè nel *libellus* si richiegga tuttora, per quel che sembra, l'indicazione dell'*actio* (1) corrispondente alla pretesa che l'attore fa valere giudizialmente, indicazione che si

---

ducano con leggerezza, per mezzo della presentazione di *libelli*, delle liti, e che queste siano poi abbandonate nel corso del processo, con danno del convenuto, esige che l'attore s'impegni, nell'atto in cui presenta il libello, di prestarsi alla continuazione della lite fino alla decisione, e di pagare, in caso di reiezione della sua domanda, un decimo del valore di questa a titolo di compenso al convenuto per le spese incontrate. Una precedente novella (96 c. 1) prescriveva che l'attore s'impegnasse con cauzione, all'atto di presentare il libello, di addivenire alla *litis contestatio* entro due mesi, e di risarcire altrimenti il convenuto del doppio ammontare del danno derivatogli dall'indugio.

La regola già vigente nel processo classico, giusta la quale la competenza territoriale era determinata dal foro del convenuto, fu ribadita specialmente da una novella giustinianea (la 69[a]) col più assoluto rigore, ed estesa a tutte le controversie civili, come a tutte le cause criminali (v. pure già Diocl. e Mass., *C.* 3, 13, 2). Nel diritto classico la condizione politica del *reus*, come in inspecie la sua appartenenza all'ordine senatorio, poteva escludere la competenza del foro locale, ed imporre quella del foro della capitale. E larghe facoltà di rinvio al foro provinciale o al foro italico erano riconosciute ai magistrati investiti della giurisdizione. Cfr. in proposito il mio *Cicerone giureconsulto* III, p. 21-2.

(1) L'opuscolo anonimo *de actionibus* (edito già dall'Heimbach, *Observ. iuris graeco rom.*, I, Lipsiae, 1830, e poi criticamente dallo Zachariae von Lingenthal, *De actionibus, ein Ueberbleibsel antejustin. Iurispr.*, nella *Z. d. S. S.* XIV, 1893, p. 88 e segg.) che contiene un prospetto delle singole azioni, risalente al momento pregiustinianeo e rimaneggiato successivamente con aggiunte fino al secolo VII, incomincia colla dichiarazione : ἐν τῷ διαπέμπεσθαι βιβλίον ἀνάγκη ὁρίζεσθαι τήν ἀγωγήν. E ὁρίζειν sembra in verità da tradurre qui per *indicare, definire*, come già ha sostenuto il Brugi, *Il nome dell'azione nel libellus con-*

sostituisce nel processo tardo alla *editio actionis* del processo classico, e ne assume la funzione (1), hanno cessato tuttavia di aver vigore in esso quelle regole e discipline, che

---

ventionis giustinianeo, nel vol. *Pel cinquantesimo anno d'insegn. del prof. Pepere*, Napoli, 1900, p. 16 e segg.; *Il nome dell'azione nel libello procedurale del diritto greco romano*, nel vol. *Per le onoranze a Michele Amari*, Palermo, 1910, vol. II. L' esistenza di indici e schemi di azioni, così nelle scuole di Oriente come in quelle di Occidente, dimostra che si mantenne in pratica il costume di promuovere la tutela del rapporto materiale, col ricorso allo strumento processuale per mezzo del quale era riconosciuto. Mancando pel rapporto di cui s' invocava la tutela un'azione specifica, l'attore poteva indicare una delle azioni di carattere generale, quali l'*actio in factum*, *l' actio praescriptis verbis*, la *condictio generalis:* ciò che valeva a rendere prettamente formale, come bene avverte il Brugi, il valore e la portata della regola, che imponeva nel libello l'indicazione dell'azione: regola che tuttavia persistette tuttora nel diritto giustinianeo.

Le caratteristiche della *natura actionis* giustinianea sono state felicemente ritratte dal Longo, *Il criterio giustinianeo della natura actionis*, negli *Studi in onore di V. Scialoja*, 1904, I, p. 605 e segg.; *Natura actionis nelle fonti bizantine*, *B. d. i. d. d. r.* XVII, 1905, p. 34 e segg. Questi ha dimostrato come, pur serbando il catalogo delle azioni quali tipi distinti, Giustiniano si sia informato a criteri sostanzialmente diversi da quelli, a cui l'esistenza di tali tipi rispondeva nel diritto classico; come, cristallizzando l'*officium praetoris* e l'*officium iudicis*, egli abbia costruito nel fatto i rapporti sostanziali che si facevano valere con quei tipi di *actiones* ridotti così a vane ombre; mentre nel diritto classico la libertà di tali *officia* portava ad elaborare il diritto sostanziale, applicando i tipi concreti di *actiones* alle fattispecie singole, e decidendo sui *iudicia* promossi da queste.

(1) Nella *lex Romana Burgundiorum*, 11, 1, sopravvive l'*editio actionis*, benchè trasformata in rapporto al suo classico assetto: e appunto in un atteggiamento molto significante per dar luce

nel processo classico governavano la determinazione nella *intentio* dell'oggetto della pretesa e le conseguenze comminatevi alla *plus petitio* (1).

3. L'attore che indichi invero nel *libellus,* come oggetto della sua pretesa, una prestazione superiore a quella che gli spetta *(plus petitio re)* o la indichi come dovutagli prima del tempo in cui effettivamente ha diritto ad ottenerla *(plus petitio tempore)* non perde per questo il diritto che effettivamente gli compete, ma si espone soltanto a certe sanzioni di carattere penale; per ciò che, avendo colla sua istanza forzato il convenuto a sostenere delle spese giudiziarie superiori a quelle corrispondenti alla prestazione dovuta, è costretto a rifondergliele nella misura del triplo (2); oppure, avendolo forzato a sostenere delle spese giudiziarie colla sua richiesta intempestiva, è costretto a restituirne l'ammontare, e gli è interdetto inoltre di agire per un tempo doppio a quello ch'egli avrebbe dovuto lasciar trascorrere prima di esperire l'azione (3). Soltanto nel caso in cui l'attore agisca per una somma superiore a quella

---

sopra il valore che, poco appresso, i giuristi giustinianei dovevano attribuire alla definizione nel *libellus* dell'*actio* corrispondente alla pretesa fattavi valere: ' is qui petitor est, litem et genus actionis suae edere debet; quod nisi intra triduum fecerit, causam perdit. Edere autem hoc est; ut manu sua, quid repetat quidve obiciat, scriptum ei, quem pulsat, ante iudicem det '.

(1) Diocl. e Mass., *Consult.* 5, 7 cit., riaffermano tuttavia ancora anche nel processo nuovo, le regole della *plus petitio:* ' si quis.... plus eo quod ei competit vel debetur petierit, rem et causam de qua agitur perdit '.

(2) Giust., *C.* 3, 10, 2.

(3) Zenone, *C.* 3, 10, 1 pr.; *Inst.* 4, 13, 10 (9).

dovutagli, sulla base di un titolo carpito al debitore con frode e raggiro, decade, in pena della sua perfidia, da ogni suo credito verso di questo (2). A parte codeste sanzioni, l'attore può ottenere la condanna del convenuto nella prestazione inferiore a quella richiesta e corrispondente alla misura effettivamente dovutagli; così come, decorso il termine doppio predetto, può ripresentarsi efficacemente ad agire. Qualora abbia richiesta la prestazione in un luogo differente da quello nel quale era dovuta (*plus petitio loco*) il magistrato valuta d'autorità propria il valore da attribuire a siffatta differenza, tenendone il debito conto nella condanna ch'egli è libero di pronunziare; mentre, se l'abbia richiesta per un titolo diverso da quello pel quale gli spettava, può egli stesso successivamente modificare la sua istanza, sostituendo il titolo vero a quello prima indicato (3). Se, per contrario, l'attore abbia indicato nella sua istanza una prestazione inferiore a quella dovutagli (*minus petitio*) il magistrato ha facoltà di correggere d'ufficio siffatta differenza, se avvenuta per errore, e di pronunziare nella giusta misura la condanna del convenuto (4).

4. Il convenuto, al quale è rimesso il *libellus* dall'*executor* del magistrato, ne accusa ricevimento, ed espone la sua intenzione di resistere alle enunciatevi pretese e le ragioni che suffragano tale intenzione, in un *libellus contradictionis* rimesso allo stesso *executor*, e, colla mediazione del magistrato, all'attore (5).

---

(1) Giustin., *C.* 3, 10, 3.
(2) *Inst.* 4, 6, 33 c.
(3) Zenone, 3, 10, 1, 3.
(4) Giustin., *Nov.* 53, 3, pr.

5. Così l'attore come il convenuto debbono dar cauzione di prestarsi al regolare svolgimento del processo, e di rimborsare nel caso di soccombenza la parte vittoriosa nelle spese sostenute per questo (*cautio iudicio sisti*) (1). Sono esentati da tale obbligo, per ragioni diverse, i possessori d'immobili (2), gli appartenenti alla classe più elevata (*illustres*) (3), i nulla tenenti; i quali ultimi prestano però, in luogo della *cautio*, un giuramento (*cautio iuratoria*) (4). La ingiustificata ricusa del convenuto di adempiere all'obbligo che gli spetta, di prestare la *cautio,* dà luogo, nell'uffiziale pubblico a cui questa deve essere prestata, alla facoltà di arrestarlo e di ritenerlo in carcere pel tempo del processo (5).

Qualora le parti non intervengano personalmente, ed intervengano invece per esse dei loro rappresentanti convenzionali o legali, sono richieste da questi delle speciali garanzie, dirette ad assicurare l'osservanza e l'adempimento dai rappresentati delle conseguenze che siano per derivare dalla lite esperita a nome loro. Dall'obbligo di prestare la *cautio ratam rem dominum habiturum* è esonerato

---

(1) *Dig.* 2, 8: *qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur; Inst.* 4, 11, 2: 'sive.... quis in rem actione convenitur sive personali suo nomine, nullam satisdationem propter litis aestimationem dare compellitur, sed pro sua tantum persona quod iudicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suae promissioni cum iureiurando, quam iuratoriam cautionem vocant, vel nudam promissionem vel satisdationem pro qualitate personae suae dare compellitur'.

(2) Macro, *D.* 2, 8, 15 pr.

(3) Zenone, *C.* 12, 1, 17 pr.

(4) *Inst.* 4, 11, 2 cit.

(5) Giustin., *C.* 9, 4, 6, 3.

soltanto il *procurator* dell'attore che sia stato incaricato dal *dominus* di esperire la lite per lui, a mezzo di un mandato registrato agli atti, o altrimenti di persona; e dall'obbligo di prestare la *satisdatio iudicatum solvi* è esonerato solo il *procurator* costituito dal convenuto, che intervenga giudizialmente o estragiudizialmente a dichiarare di accettare le conseguenze del processo nel quale è rappresentato (1).

6. Fra il giorno della notificazione del *libellus conventionis* e quello della comparsa delle parti nel cospetto del magistrato deve intercedere un termine minimo di 10 giorni nel diritto pregiustinianeo e nello stesso giustinianeo anteriore alle Novelle (2), e di 20 giorni nel diritto delle Novelle (3).

Nella prima udienza in cui le parti intervengono, se il convenuto non aderisce senz'altro alle richieste dell'attore, riconoscendone il fondamento colla *confessio in iure* (4), ha luogo l'atto che nelle fonti di questo periodo si designa col nome di *litis contestatio;* ma che in esso ha natura e carattere del tutto diversi da quelli che aveva nel processo del precedente periodo l'atto designato con tal nome. La *litis contestatio* invero, nel periodo di cui qui ci occupiamo, consiste semplicemente nella *narratio proposita* e nella *contradictio obiecta* dell'attore e del convenuto, ossia nella formulazione e definizione da parte dei contendenti dei termini

(1) *Inst.* 4, 11, 3-5. Cfr. a p. 126.
(2) Ulp., *D.* 5, 1, 69; Giust., *Nov.* 53, 3 pr. cit.
(3) *Nov.* 53, 3.
(4) *Dig.* 42, 2; *C.* 7, 59: *de confessis.*

della controversia sulla quale deve pronunziarsi il magistrato (1). Ed essa non produce più affatto quella consumazione dei diritti dedotti nel *iudicium,* che costituiva l'effetto caratteristico della classica *contestatio;* potendosi l'azione proposta riproporre di nuovo, in ogni caso in cui per una ragione qualsivoglia il giudizio promosso non riesca ad esser definito dalla sentenza. Corrispondentemente dalla *litis contestatio* recente non deriva più quella *exceptio rei in iudicium deductae*, che nel processo classico ha valore perentorio equipollente all'*exceptio rei iudicatae*, e s'identifica con questa; perciò ch'essa v'impedisce la riproposta dell'azione anche quando il giudizio provocato da essa non sia esaurito. Ne deriva bensì l'eccezione di litispendenza, che ha efficacia soltanto fino a che il processo a cui la *contestatio* si riferisce persiste, e cessa di averla, una volta che questo sia perento (2).

7. Il convenuto, che resiste alla pretesa dell'attore e procede con lui alla *litis contestatio* sui termini della rela-

---

(1) Sev. e Carac., *C.* 3, 9, 1: 'lis tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit'; Giust., *C.* 3, 1, 14, 4.

Ha valore ed effetto di *litis contestatio* la presentazione al Principe delle *preces*, dirette a provocare da lui la decisione della controversia per via di rescritto: Arc. ed Onor., *C.* 1, 20 (*quando libellus principi datus litis contestationem faciat*), 1.

(2) Ciò per altro è contestato cfr. Naber, *Quando ex usu recesserit rei in iudicium deductae clausula, Mnemos.* XXXVII, p. 417 e segg. Cfr. sopra a p. 42.

Gli effetti che pel diritto classico derivavano dalla *litis contestatio*, per conseguenza della sua natura di contratto giudiziale novatorio, furono nel diritto giustinianeo attribuiti all'introdu-

tiva controversia, deve prestare giuramento di resistere così colla persuasione di preservare il suo buon diritto (*ius iurandum de calumnia*); così come deve prestare analogo giuramento l'attore, circa la propria persuasione sul buon fondamento della sua istanza; e debbono prestarlo gli avvocati d'entrambi i contraenti (1); mentre il giudice deve giurare dal suo canto '*sese cum veritate et legum observatione iudicium esse dispositurum*' (2).

8. Alla pretesa dell'attore il convenuto può contrapporre una negazione dei presupposti di fatto e di diritto che ne costituiscono il fondamento; oppure può, senza disconoscere l'esistenza dei presupposti di fatto addotti dall'attore,

---

zione della lite. Parecchi passi classici furono alterati dai compilatori, allo scopo di attribuire alla *controversia mota* gli effetti che, giusta i principi classici, derivavano dalla *lis contestata*. Cfr. in ispecie *D.* 5, 3, 25, 7; 34, 9, 17; 5, 3, 17; 35, 3, 4. E v. in proposito ALBERTARIO, *Lis contestata e controversia mota*, *Rendic. del R. Ist. Lomb.* XLVII, 1914, p. 505 e segg.; *Z. d. S. S.* XXXV, 1914, p. 305 e segg.

(1) *Cod.* 2, 58 (59): *de iureiurando propter calumniam dando; Nov.* 49, 3. La *Nov.* 124, 1 impone ai litiganti ed ai loro rappresentanti di giurare inoltre di nulla aver dato ai giudici per procacciarsene il favore, nè direttamente, nè per mezzo di persona interposta.

Già in forza di rescritti del tempo dei Severi, la prestazione di danaro fatta dall'attore al giudice, allo scopo di averlo a sè favorevole, dava luogo alla decadenza di lui dall'azione, qualunque fosse per essere la bontà delle ragioni che ne costituissero il fondamento; per ciò che appunto 'diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit': CARAC., *C.* 7, 49, 1; ULP., *D.* 12, 5, 2, 2.

(2) GIUST., *C.* 3, 1, 14.

contrapporne degli altri, i quali valgano ad impedirgli di desumere da questi le conseguenze di diritto su cui la sua pretesa è fondata: e cioè può far valere quelle difese, alle quali il linguaggio delle fonti tarde seguita ad attribuire il nome di *exceptiones* (1).

Le discipline tuttavia, dalle quali codeste *exceptiones* sono rette nel periodo di cui qui discorriamo, sono sostanzialmente diverse da quelle vigenti nel processo classico improntato sulla separazione dei due stadi *in iure* ed *in iudicio*. Poichè, mentre nel processo classico le *exceptiones* in tanto avevano valore agli effetti del *iudicium*, in quanto l'attore avesse avuto cura di opporre *in iure* il titolo sul quale erano fondate e di ottenerne dal magistrato l'inserzione nella formula, nel periodo di cui di, scorriamo le eccezioni possono essere dedotte di regola come le semplici negazioni, in qualunque momento precedente la sentenza (2). Questa regola subisce delle deroghe soltanto per le eccezioni relative alla stessa costituzione del giudizio, e che abbiano natura pregiudiziale rispetto all'ulteriore svolgimento di questo: come per l'eccezione relativa

(1) Diocl. e Mass., *C.* 8, 35 (36), 9: 'Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo exceptione te munitum adseveres, de hac tantum agi convenit'.

Intorno al concetto recente d'*exceptio* v. specialmente Eisele, *Die materielle Grundlage der Exceptio*, Berlin, 1871.

(2) Diocl. e Mass., *C.* 8, 35 (36), 8: 'Praescriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, vel omissam, priusquam sententia feratur, obicere quandoque licet'; 7, 50, 2: 'Peremptorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat. 1. Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur'.

alla competenza del magistrato giudicante o ai motivi di ricusarlo, e per quella relativa alla qualità dell'attore a stare in causa a titolo proprio o di rappresentante; e per le eccezioni dilatorie; le quali si debbono far valere dal convenuto in principio, nella prima risposta da lui data alla *narratio* dell'attore (1). Inoltre, mentre nel processo classico l'inscrizione dell'*exceptio* nella formula aveva per effetto la reiezione totale della pretesa dell'attore, se resultasse fondato *in iudicio* il presupposto dell'*exceptio,* invece nell'impero avanzato l'*exceptio* opposta dal convenuto in qualsivoglia momento del processo, può condurre alla reiezione solo parziale di essa pretesa (2).

9. Dei fatti che costituiscono il presupposto dell'azione spetta all'attore offrire le prove; e di quelli che formano il presupposto dell'eccezione le prove debbono essere fornite dal convenuto (3). Di regola, se l'attore non riesce a provare i presupposti della sua pretesa, il convenuto è assolto. Tuttavia pei giudizi di rivendicazione si trova fissata da Costantino la regola che, qualora l'attore non riesca a fornire la prova sulla fondatezza della sua pretesa della cosa rivendicata, questa non debba ritenersi senz'altro spettante a colui contro il quale l' azione è esperita; ma che per riuscire vit-

(1) *Inst.* 4, 13, 10 (9).

(2) Paolo, *D.* 44, 1, 22 pr.: ' Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem '. Cfr. p. 48-9.

(3) Paolo, *D.* 22, 3, 2: ' Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat '; Ulp., *D.* 22, 3, 19 pr : ' In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere '.

torioso nella lite, il convenuto debba offrire a sua volta la prova del suo diritto su quella.

La costituzione, nella quale è stabilita codesta regola, fu accolta nel Codice Teodosiano (1); ma non passò da questo al Codice Giustinianeo; e perciò nelle regioni in cui la legislazione giustinianea soppiantò la teodosiana, la regola stessa cessò di aver vigore.

10. Il giudice magistrato, che nel periodo di cui discorriamo ha per ufficio di attuare, in rappresentanza dello Stato, la giustizia fra i litiganti, non può più procedere nella valutazione degli elementi di prova addotti da essi, od emergenti altrimenti in guisa indiretta da dati obbiettivi, con quella medesima libertà colla quale procedeva nel periodo precedente il giudice, che interveniva a conoscere della controversia con carattere arbitrale. Egli è tenuto bensì ad attenersi nella valutazione dei detti elementi a certe norme e discipline legalmente stabilite: che fissano per essi un valore diverso (2).

Tali norme sono inspirate in generale ad una spiccata preferenza pei documenti scritti e ad una profonda diffidenza per la prova testimoniale. Una costituzione d'epoca incerta, ma riferibile senza dubbio al periodo di cui ci occupiamo, stabilisce come principio generale l'inefficacia delle testimonianze contro le resultanze di prove scritte (3);

---

(1) Costant. *C. Th.* 11, 39, 1.

(2) *Dig.* 22, 5; C. 4, 20: *de testibus.* Il *Cod. Theod.* 11, 39, comprende ancora sotto un'unica rubrica la prova testimoniale e la scritta (*de fide testium et instrumentorum*).

(3) C. 4, 20, 1 (rest. sui *Bas.* 21, 1, 25): κατὰ ἐγγράφου μαρτυρίας ἄγραφος μαρτυρία οὐ προσφέρεται. Altrimenti in

mentre una costituzione classica, che nel suo testo genuino riconosceva tuttora l'ammissibilità del ricorso a qualsivoglia mezzo di prova, anche per certe questioni più gravi e delicate come quelle di stato, fu alterata, all' intento di farne apparire interdetta per questioni siffatte la prova testimoniale ed ammessa soltanto la prova scritta (1).

Parecchie costituzioni, emanate fra Costantino e Giustiniano, stabiliscono poi per la prova testimoniale molteplici norme: fissando in primo luogo l' inefficacia a costituirla

---

una costituzione che probabilmente precede codesta: COSTANT. *C.* 4, 21, 15: ' In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium '.

(1) ALESS. SEV. *C.* 4, 20, 2; ' Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam [instrumentis et] argumentis quibus putas: [soli etenim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt] '. L'alterazione del testo classico è qui benissimo rilevata dal RICCOBONO, *Z. d. S. S.* XXXIV, p. 242, in quell'appendice alla sua memoria sopra la *Traditio ficta*, nella quale ha ritratto molto genialmente il distacco fra il diritto classico e quello giustinianeo, per quanto spetta il sistema probatorio e la sostituzione della prova scritta alla prova testimoniale. L' alterazione può essere giustinianea, come il Riccobono suppone; poichè siffatta sostituzione si compì e definì appunto nel momento di Giustiniano. Ma poiché, come riconosce il mio illustre collega, il fenomeno definito allora ebbe una preparazione bene avviata già nel periodo precedente e che resulta certamente assai avanzata nelle fonti alle quali attinsero i compilatori visigotici, mi parrebbe verisimile attribuire la detta alterazione al tempo che precede Giustiniano, e ritenerla già posta in atto in quelle raccolte, dalle quali la nostra costituzione fu ricavata; e ricollegarla così a quel complesso di discipline e di regole che furono arrecate al sistema probatorio, in corrispondenza colle nuove finalità del processo.

di un unico teste (1); determinando la misura di credibilità dei singoli testimoni, in rapporto coll'elevatezza della loro condizione sociale (2); disconoscendo ogni valore alla testimonianza degli eretici e dei giudei nelle cause esperite contro gli ortodossi (3); statuendo l'obbligatorietà generale di prestare testimonianza per chiunque ne fosse richiesto (4); adoprando il giuramento a rafforzare il valore della testimonianza degli *humiliores* (5) e la tortura per quella prestata da testimoni la cui veridicità apparisse sospetta (6).

11. Le prove scritte (7) si distinguono, secondo che consistono in documenti redatti da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni *(acta, gesta)* (8) oppure in documenti *publice confecta,* cioè compilati da *tabelliones,* eser-

---

(1) Costant. *C.* 4, 20, 9: ' nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat '. Cfr. pure Caro Carino Numer., *C.* 4, 20, 4: ' Solam testationem prolatam nec aliis legitimis adminiculis causa approbata nullius esse momenti certum est '.

(2) Costant., *C.* 4, 20, 9 cit.: ' ut honestioribus potius fides testibus habeatur '; Giustin., *Nov.* 90, 1.

(3) Giustin., *C.* 1, 5, 21 pr.

(4) Giust., *C.* 4, 20, 16.

(5) Costant., *C.* 4, 20, 9 cit.: ' Iurisiurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, iam dudum arctari praecepimus '.

(6) Giustin., *Nov.* 90, c. 1 cit..

(7) *Dig.* 22, 4: *de fide instrumentorum et amissione eorum; C.* 4, 21: *de fide instrumentorum et amissione eorum et antapochis faciendis et de his quae sine scriptura fieri possunt.*

(8) Kubitschek, v. *acta*, nel Pauly Wissowa, *Realencykl.* I, p. 285 e segg.; Steinwenter, *Beitr. zum öffentl. Urkundenwesen der Römer*, Graz, 1915, p. 7 e segg.

centi il loro ufficio sotto la vigilanza di magistrati o di pubblici ufficiali (1); o finalmente in atti prettamente privati *(cautiones, chirographa)* (2). I documenti redatti da ufficiali pubblici fanno piena e perpetua prova dei fatti direttamente attestati dagli stessi ufficiali da cui emanano; e parimente fanno prova delle dichiarazioni in essi registrate, benchè rimanga attaccabile la sostanza di queste. I documenti redatti dai *tabelliones* fanno prova dei fatti che vi sono attestati, se confermati col giuramento del *tabellio* che li ha redatti. I documenti privati, se redatti coll'intervento di testimoni in numero di 3 almeno che li abbiano sottoscritti *(scriptura quasi publice scripta)* hanno valore analogo a quello dei documenti redatti da *tabelliones* (3). I documenti privati hanno forza e valore, per l'accertamento pei fatti che vi si riferiscono, in quanto la loro genuinità sia incontestata; o in quanto altrimenti la contestazione insorta appaia ingiustificata da riscontri e raffronti istituiti per ordine del magistrato (4), o dalle risultanze di un appo-

---

(1) GIUSTIN., *C.* 4, 21, 17. Fondamentale, per le discipline arrecate alla redazione degli atti notarili e la conservazione del loro contenuto in un apposito ed ordinato protocollo, è la nov. 44.

Sopra i documenti redatti dagli ἀγορανόμοι greco egizi cfr. WESSELY, *Die Aegyptischen agoranomen als Notare*, nelle *Mitteil. aus der Samml. der Papyrus Erz. Rainer*, V, 1892: MITTEIS, *Grundzüge der Papyrusk.* p. 58 e segg.

Sulla registrazione e conservazione dei documenti in Egitto, nell' eta romana v. KOSCHAKER, *Die Archidikastes*, *Beitr. zur Gesch. des Urkunden und Archirwesens im röm Aegypten*, *Z. d. S. S.* XXVIII, p. 254 e segg.; XXIX, p. 1 e segg.

(2) PAOLO, *D.* 22, 3, 25, 4 (interpolato); GIUSTIN., *C.* 4, 21, 20.

(3) GIUST., *Nov.* 73, 2.

(4) GIUSTIN., *C.* 4, 21, 20 cit.

sito giudizio criminale (1); e in quanto essi emanino dalla parte medesima a carico della quale sono addotti, o da terzi che non abbiano interesse alla prova di questi (2).

12. Oltre che dei mezzi di prova forniti dalle stesse parti contendenti, ed ai quali egli è tenuto ad attribuire quel valore che corrisponde a regole ed a discipline prestabilite, il magistrato giudicante può valersi per la formazione del suo convincimento di altri mezzi, provocati da lui medesimo e offertiglisi indipendentemente dall'opera delle parti.

Può valersi in primo luogo del giudizio di persone tecniche da lui chiamate all'uopo, in qualità di periti: di agrimensori per controversie relative alla proprietà fondiaria; di medici e di ostetrici per le questioni attinenti l'accertamento di gravidanze e questioni di stato; di calligrafi per controversie che si ricolleghino alla genuinità di scritture (3).

---

(1) Giustin., *C.* 4, 21, 21.

(2) Gall., *C.* 4, 19, 7: ' Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Unde neque fiscum neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem praebere posse oportet '.

(3) Già l'*inspectio ventris*, preordinata dal *S. C. de liberis agnoscendis* ha luogo per mezzo di *obstetrices*, le quali *a praetore adhibendae sunt* (Ulp., *D.* 25, 4, 1, 8; Paolo, *R. S.* 2, 24, 8-10); e sono così prescelte dallo stesso magistrato che assume per *extraordinaria cognitio* il giudizio sulla eventuale questione di stato. Sopra le perizie di calligrafi cfr. Giustin., *C.* 4, 21, 20 cit.

Le perizie di ortolani o *summarii*, nelle questioni relative agli affitti degli orti di Costantinopoli e la stima delle scorte e dei frutti pendenti al termine di quelli, formano oggetto di particolari discipline, fissate nella *Nov.* 64.

Può valersi inoltre del giuramento deferito all' uno o all' altro dei contendenti, per guisa che dal resultato di esso sia per dipendere la sentenza ch' egli si riserba di pronunziare, e cioè con senso e valore *decisorio;* oppure può valersi del giuramento come di elemento che valga ad integrare altri elementi di prova in sè medesimi insufficienti: e cioè con senso e valore *suppletorio* (1); o delle resultanze delle *interrogationes*, che ciascuna parte ha facoltà di rivolgere all'altra, anche fuori dei termini precostituiti nell'antico processo alle *interrogationes in iure*, e che il magistrato medesimo può di propria autorità rivolgere ad esse, in forza dei poteri che è venuto assumendo, in corrispondenza delle nuove finalità del giudizio (2).

13. Il magistrato finalmente trae elementi a formare il proprio convincimento dalle così dette *praesumptiones:*

---

(1) Sopra il carattere del giuramento deferito *ex officio iudicis*, e l'appartenenza di questo solo al processo tardo, cfr. BIONDI, *Il giuramento decisorio* cit., p. 86 e segg.

Una notevole applicazione di questo in *Oxyr. pap.* VI, n. 893, è illustrato dal WENGER, *Ein nachjustinianisches Urteil auf Papyrus*, in Στρωματεις: *Grazer Festgabe zur 50 Versamml. deutsch. Philol. und Schulmänner*, p. 29 e segg.

(2) ULP., *D.* 11, 1, 21: ' Ubicumque iudicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem dubium non est '; COSTANT., *C.* 3, 1, 9 cit.: ' Iudices oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, nequid novi addere desiderent, cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per iudicem sive ad maiorem potestatem referenda sit '. Codesta costituzione sembra non lasci dubbio, almeno pel processo successivo al secolo III, che le *interrogationes* possano anche esser rivolte alle parti dal giudice

e cioè dall'esistenza di un fatto certo e concreto desume come estremamente probabile quella di un altro fatto: e la desume sulla guida dell'esperienza, dalla quale resulti che nella massima parte dei casi, esistendo quel fatto certo e concreto, sussiste pure l'altro a cui la presunzione si riferisce.

Mentre in antico il giudice poteva valersi di siffatto processo logico con quella piena libertà ch'era connaturale al suo ufficio (1), nel tempo di cui discorriamo egli è tenuto ad applicarlo con certe discipline, corrispondenti a quelle introdotte pel sistema probatorio in generale. Si ebbero di tal guisa le così dette *praesumptiones iuris,* venutesi sostituendo in numero limitato alle *praesumptiones hominis* che erano dianzi illimitate. Di codeste *praesumptiones iuris* alcune, portando in modo assoluto che da certi fatti si dovesse inferire necessariamente l' esistenza di certi altri, costituivano dei veri e propri precetti giuridici assoluti *(praesumptiones iuris et de iure);* mentre altre lasciavano luogo alla prova contraria, la quale doveva però essere

---

di sua propria autorità, e indipendentemente da istanza di una di esse. Intorno alla portata generale assunta nell'*extraordinaria cognitio* dalle *interrogationes* rivolte dall'una all'altra parte, cfr. CASTELLARI, note al GLÜCK, *Pandette*, trad. ital. X, p. 62-4 Che il luogo citato al *D.* 11, 1, 21 possa riprodurre una norma già vigente nel diritto classico è ammesso dal BUONAMICI, *Recitatio solemnis ad legem si filius* ecc., nell'*Arch. giur.* LXV, 1900, pagina 66 e segg. Ma ciò sembra contrastante troppo colle altre notizie sicure pervenuteci, circa le applicazioni limitate della *interrogatio in iure*, e sulla funzione del giudice nel processo classico.

(1) Cfr. a pag. 72-3.

fornita dalla parte avversa a quella a cui favore la *praesumptio (iuris tantum)* esisteva (1).

14. Nei giudizi che si svolgevano nei paesi di provincia, era bene spesso necessario che il magistrato giudicente fosse illuminato, oltre che sopra le fattispecie a cui quelli si riferivano, sopra le norme di diritto, specialmente locale, che vi si dovevano applicare: norme che talora non erano affatto a sua notizia, o delle quali egli aveva una cognizione soltanto imperfetta ed inesatta. A cura delle parti medesime aveva luogo, in tali giudizi, la esposizione *(recitatio)* di fonti legislative o di *responsa* di giuristi (2). Ma il giudice era tenuto tuttavia, come s' è avvertito dianzi, ad integrare d' ufficio siffatte produzioni delle parti, per quanto riguarda la ricerca della norma giuridica da applicare alla controversia sottoposta al suo giudizio.

---

(1) Intorno al carattere ed allo svolgimento storico delle *praesumptiones* è da vedere specialmente la memoria del FERRINI, *Le presunzioni in diritto romano, Riv. ital. per le scienze giuridiche* XIX, 1893, p. 258 e segg.; nella quale si sostiene che il concetto di *praesumptio* fu ignoto ai giuristi classici ed appartenne soltanto ai giustinianei. Cfr. pure GRADENWITZ, *Praesumptio (Interp. in den Pand.) Z. d. S. S.* VII, p. 70 e segg. Molto felicemente ha posto tuttavia in rilievo lo SCIALOJA, *Procedura civile romana*, p. 439, che le così dette *praesumptiones hominis* esistevano naturalmente già nell'antico processo; e che lo svolgimento storico, avvenuto procedendosi dal diritto classico al giustinianeo, dovette consistere nel disciplinare e cristallizzare come *praesumptiones iuris* molte di quelle che classicamente erano semplicemente *praesumptiones hominis*.

(2) WEISS, *Recitatio und responsum im röm. Provinzialprozess, Z. d. S. S.* XXXIII, p. 212 e segg.

15. Il processo si chiude ordinariamente colla sentenza (1). Già nella seconda metà del secolo IV, una costituzione di Valentiniano e Valente aveva fissato come norma generale che i magistrati dovessero redigere la sentenza sopra le cause loro deferite in iscritto, dopo ponderato esame ; e che dovessero dare lettura del testo così redatto alle parti (2) ; dopo di che esso assume valore definitivo (3). E, di contro a dubbi ed incertezze insorti nella applicazione di cotesta costituzione, gli stessi principi affermavano che « *sententia, quae dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae habere mereatur* » (4). La lettura della sentenza deve aver luogo nella sede in cui il magistrato esercita ordinariamente il suo ufficio, coll'assistenza degli uffiziali da lui dipendenti. La lettura deve esser fatta personalmente dallo stesso magistrato da cui il giudizio emana (5), ad eccezione che per quelle proferite da magi-

---

(1) *Dig.* 42, 1 : *de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus ; C.* 7, 45 : *de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum.*

(2) *C.* 7, 43 : *quomodo et quando iudex sententiam proferre debet praesentibus partibus vel una absente.*

(3) Valent. Val. Graz., *C.* 7, 44 (*de sententiis ex periculo recitandis*), 2 pr. : ' Hac lege perpetua credimus ordinandum, ut iudices, quos cognoscendi et pronuntiandi necessitas teneret, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferrent scriptasque ex libello partibus legerent, sed ne sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi '.

(4) Valent. Val. Graz., *C.* 7, 44, 3, 1. Per la stessa sentenza arbitrale cfr. Valer. e Gall. 7, 44, 1 : ' *arbitri nulla sententia est, quam scriptam edidit litigatoribus, non ipse recitavit* '.

(5) *C.* 7, 43 cit.

strati appartenenti alla classe degli *illustres*, le quali possono essere lette da un uffiziale delegato da questi. Le parti contendenti debbono essere regolarmente invitate ad intervenire a tale lettura; ma, se così invitate non compaiono ad assistervi, la sentenza letta in loro assenza è egualmente efficace (1).

Se la sentenza accoglie l' istanza dell'attore e pronunzia la condanna del convenuto, questa vi ha per oggetto normalmente non più una somma di denaro da prestarsi a titolo di soddisfazione del diritto leso, come aveva nel periodo precedente; ma bensì la cosa medesima ch' era oggetto del diritto fatto valere. Soltanto eccezionalmente, quando la natura di tal diritto non comporta la prestazione della cosa che ne era oggetto, o quando questa prestazione sia divenuta nel frattempo impossibile, la condanna è stabilita in denaro (2): o in una somma certa, o in una somma da stabilirsi in riguardo all'*id quod interest* dell'attore (3).

16. Il magistrato, che ritenga di non poter risolvere la deferitagli controversia, specialmente quando questa si

---

(1) Gord., *C.* 7, 43, 2; *Ed. Theod.* c. 5: ' Sententia non praesentibus partibus dicta nullius momenti sit, nisi adversus eum prolata doceatur, qui tertio conventus et edictis sollemniter inclamatus adesse contempserit '.

(2) *D.* 6, 1, 68; 42, 2, 3; 42, 1, 13, 1. Buone osservazioni intorno al carattere eccezionale della *condemnatio* pecuniaria del processo tardo, in contrapposto a quello normale ch' essa aveva nel processo classico, reca ora E. Betti, *La condictio pretii del processo civile giustin.*, negli *Atti della R. Accad. delle Scienze di Torino*, vol. LI, 1915-6, p. 1019 e segg.

(3) *Inst.* 4, 6, 32; *Cod.* 7, 46 (*de sententia quae sine certa quantitate prolata est*); 7, 47 (*de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur*).

riferisca a rapporti che manchino tuttora di una precisa e ben definita disciplina, può rimetterne la decisione al tribunale imperiale, provocandone la *consultatio* (1). A tal uopo egli deve redigere un completo riassunto dello stato della controversia *(relatio),* entro dieci giorni da quello, in cui egli abbia annunziato alle parti il suo proposito di cotale remissione.

Nei cinque giorni successivi le parti possono redigere delle osservazioni e confutazioni, su quanto nella *relatio* si contenga di sfavorevole al rispettivo assunto *(libelli refutatorii).* La *relatio* ed i *libelli* sono quindi spediti al principe, il quale dopo ciò è investito esclusivamente e definitivamente della controversia; senza che il magistrato il quale procedette al rinvio vi abbia più veruna parte, e senza che ai litiganti stessi sia dato d'intervenirvi più in alcuna guisa, eccetto che per sollecitare la decisione, nel caso in cui, trascorso un anno dal rinvio, questa non fosse peranco avvenuta (2). La decisione proferita dal principe personalmente *per rescriptum,* o dagli alti uffiziali imperiali in sua rappresentanza, non è suscettiva dei rimedi

---

(1) *Cod. Th.* 11, 29; *C. I.* 7, 61: *de relationibus; Dig.* 49, 1: *de appellationibus et relationibus.*

(2) Costant., *C. Th.* 11, 30, 1: 'Si in negotio civili, cognitis utrisque actionibus, pronuntiaveris te ad nostram scientiam relaturum, consultationis exemplum litigatoribus intra decem dies edi apud acta iubeas, ut, si cui forte relatio tua minus plena vel contraria videatur, is refutatorias preces similiter tibi apud acta offerat intra dies quinque, quam illi exemplum consultationis tuae obtuleris. Iam dicationis tuae est, omnia, quae apud te vel apud alios gesta fuerint in eo negotio, consultationi tuae cum refutatoriis litigantis annectere'; Valent. Val., Graz., *C. Th.* 11, 29, 5.

applicabili contro le sentenze ordinarie, ed in particolare dell'appello (1).

17. Nell'ultimo tratto del periodo di cui discorriamo, cadute le discipline vigenti già pel processo classico intorno alle *poenae temere litigantium* (2), si vien fissando il principio che il litigante il quale ha perduto la lite incontri

---

(1) COSTANT., *C. Th.* 11, 30, 5 e 6.

Il magistrato, davanti al quale è introdotto il giudizio, deve per altro condurlo fino alla decisione, applicando le norme generali di diritto, e non deve arrestarsi, secondo una precisa disposizione giustinianea (*Nov.* 113, 1), per conseguenza di qualche prammatica imperiale, che una parte produca; nè deve lasciarsi fuorviare nel senso di questa. Giustiniano impone espressamente ai magistrati giudicanti di non tener conto di produzioni siffatte. Ed interdice del pari a questi di rimettere alla decisione imperiale le controversie loro deferite (*Nov.* 125), imponendo di deciderle secondo coscienza; salvo al litigante che ritenga violato il proprio buon diritto, il ricorso al rimedio ordinario dell' appello.

(2) La litiscrescenza dipendente da *infitiatio* rimane nel diritto giustinianeo solamente per l'*actio legis Aquiliae:* e vi è introdotta inoltre per azioni corrispondenti ad altri crediti: e precisamente per quella nascente dal legato *locis venerabilibus relictum*, e per quella nascente dal deposito necessario (*Inst.* 4, 16, 1; 4, 6, 26; 3, 27, 7). Ma il concetto classico della litiscrescenza è nelle fonti giustinianee profondamente alterato, con quello dell' *infitiatio*, in corrispondenza colla mutata struttura del processo. Cfr. le acute ricerche del ROTONDI, *Litiscrescenza e lex Aquilia* (*Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*), negli *Ann. della facoltà di giurispr. dell'Università di Perugia*, 1914. Intorno ai dubbi sopra la persistenza della litiscrescenza per *infitiatio* nelle altre azioni cfr. DECLAREUIL, recensione sopra WENGER, *Actio iudicati*, nella *N. r. h. de dr. fr. et étr.*, XXVIII, 1903, p. 597 e segg.

come conseguenza della sua soccombenza l'obbligazione di rimborsare all'avversario le spese fatte per sostenerla (1). L'entità delle spese processuali, che ciascun litigante sopportava in proprio durante il processo classico, era relativamente lieve, consistendo esse allora nei compensi da prestare ai *cognitores,* agli *advocati,* agli *oratores*, e negli sborsi occorrenti per procacciare i mezzi di prova (2). Ma nell'impero avanzato le spese giudiziali crebbero enormemente, sia per le maggiori pretese degli *advocati* (3), sia pei compensi che i litiganti erano tenuti a prestare ai numerosi uffiziali giudiziari *(exceptores, adiutores, apparitores, viatores)* (4), sia pel costo di parecchi atti processuali, che dovevano essere redatti in iscritto, (come in

---

(1) Intorno alla genesi di codesto principio le opinioni sono discordi. L'ERMAN, *La restitution des frais de proces en droit romain, Receuil iuaugural de l'Université de Lausanne*, 1892, p. 107, lo ricollega decisamente al processo dell' *extraordinaria cognitio.* Più verisimilmente il CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali,* Torino, 1901 p. 18 e segg. lo ricollega alle *poenae temere litigantium* già esistenti nel processo classico.

(2) Cfr. le testimonianze in proposito raccolte dal CHIOVENDA, *Le spese del processo civile romano, B. d. i. d. d. r.* VII, 1894, p. 275-88; *La condanna nelle spese giudiziali* cit., p. 2 e segg.

(3) DIOCL., *de pretiis rerum venal., C. I. L.* III, p. 830 e 1936: *Advocato sive iuris perito mercedis in postulatione den. ducentos quinquaginta ; in cognitione den. mille.*

Sopra la condizione degli avvocati nell'impero avanzato, e specialmente intorno alla c. di LEONE ed ANT., *C.* 2, 7, 14, v. la bella nota del TAMASSIA, *Avvocatura e milizia nell' impero romano, Atti e mem. della R. Accad. di Padova,* XXXIII, 1917, p. 51 e segg.

(4) Cfr. *Ordo salutationis sportularumque provinciae Numidiae, C. I. L.* VIII, n. 17896; BRUNS, *Fontes,* 7 ed., p. 280.

ispecie la *denuntiatio*, poi il *libellus* e la sentenza). La condanna nelle spese cominciò a colpire l'attore soccombente, per ragione della *temeritas* che gli fosse imputabile nell'esperimento dell' azione; e però cominciò come un sostitutivo delle *poenae temere litigantium* esistenti nel processo classico (1); poi colpì anche il convenuto soccombente che potesse del pari tacciarsi di *temeritas*, per aver resistito alla pretesa attrice (2). Soltanto in sullo scorcio del secolo V, e precisamente in seguito ad una costituzione di Zenone, colpì il soccombente come tale, senza più riguardo al detto elemento della *temeritas* (3). L'ammontare delle spese era determinato dal giuramento della parte vittoriosa, al quale nell'ultimo periodo il magistrato ebbe preciso obbligo di attenersi (4).

18. Contro le sentenze proferite dai magistrati giudi-

---

(1) Ulp., *D.* 5, 1, 79; 50, 5, 1, 1; *Edict. Theod.* c. 74: 'Si petitor improbe litem cuiuscunque rei alteri forte commoverit, et fuerit sub iusta examinatione convictus, ex die plantati solemniter iurgii, sumptus et litis expensas quas se pulsatus immerito sustinuisse docuerit, a petitore recipiat, sub aestimatione scilicet iudicis, aut bonorum virorum ex delegatione noscentium'.

(2) Valentin. Val., *C. Th.* 4, 18, 1.

(3) Zenone, *C.* 7, 51, 5. Cfr. Chiovenda, *La condanna* cit., p. 50 e segg

(4) Giustin., *C.* 3, 1, 13, 6: 'Sive autem alterutra parte absente sive utraque praesente lis fuerit decisa, omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant in expensarum causa victum victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit, non ignorantes, quod, si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huiusmodi poenae subiacebunt et reddere eam parti laesae coarctabuntur'; 3, 1, 15; *Nov.* 82, 10. Sulla *Nov.* 112, 2, cfr. sopra p. 154, i. n.

canti, a definire le controversie loro sottoposte (1), esiste nel tardo impero come rimedio ordinario l'appello; e cioè il ricorso ad un altro magistrato, di grado superiore a quello dal quale la sentenza emana; che riassume ad un nuovo esame la controversia, pronunciando una nuova sentenza, che sola ha efficacia, qualora essa abbia contenenza differente dall' altra appellata (2). Codesto rimedio, che era certamente incompatibile coll'antico sistema processuale dell'*ordo iudiciorum privatorum,* fu introdotto colla procedura della *extraordinaria cognitio* (3), forse già all'inizio

(1) GIUSTIN., *C.* 7, 62, 36 (trad. lat. dal testo restit. di sopra i Bas.): ' Oportet post omnem litem finitam tunc appellationem reddi: neque enim laeditur quis, si interea facta fuerit interlocutio, quae illi deneget ius competens, id est vel testium productionem aut relectionem instrumenti; potest enim in appellatione omnia denudare seu exercere, ne contra medii temporis interlocutionem, data appellatione mora iniiciatur dilationibus, saepius in eadem causa data appellatione et examinata, iterum alio capitulo ventilato, et iterum contra etiam ipsum porrecta appellatione '.

L' inapplicabilità dell'appello alle decisioni di carattere interlocutorio, affermata in codesta costituzione in modo reciso ed energico, era espressa già in altre costituzioni precedenti (VALENT. e VAL., *C. Th.* 11, 36, 18 pr.; VALENTE GRAZ. VALENT., *C. Th.* 11, 36, 23); e forse fu stabilita come di regola, non appena col predominio della *extraordinaria cognitio* codesto rimedio fu ricondotto sotto la disciplina di certe norme fisse e precise.

(2) *Dig.* 49, 1, cit.; *C. Th.* 11, 30: *de appellationibus et poenis earum et consultationibus; C. I.* 7, 62: *de appellationibus et consultationibus.* Si riferiscono del pari all'*appellatio* i titoli *Dig.* 49, 2-13, e *Cod.* 7, 63-70.

(3) KIPP, v. *appellatio*, nel PAULY WISSOWA, *Realencycl.* I, c. 194 e segg., riconosce che probabilmente l' *appellatio* di cui qui ci occupiamo si ricollega alla facoltà del principe di revo-

dell'impero; venne assumendo diffusione ed importanza, quanto più la *cognitio* si estese; e finì per prevalere sugli antichi rimedi aderenti al sistema processuale antico, e per costituire da ultimo il rimedio ordinario, a lato di quello eccezionale della *in integrum restitutio;* il quale permane anche nel diritto giustinianeo con quei medesimi presupposti che aveva nel diritto classico (1).

La parte, che non intenda acquetarsi alla sentenza del magistrato, può dichiarare oralmente il suo proposito di appellare contro di questa al magistrato superiore, nel momento in cui ne giunge a conoscenza, per la lettura fattane dallo stesso giudicante (2); oppure può dichiararlo per iscritto, con degli appositi *libelli appellatorii,* in cui si contenga il nome dell' appellante, quello dell'appellato, e l'indicazione della sentenza contro la quale l'appello è proposto (3). La presentazione di cotali *libelli* deve aver luogo

---

care al proprio giudizio i processi deferiti ai funzionari imperiali o ai magistrati. Essa non ha rapporto ad ogni modo coll' *appellatio* intesa a provocare l' *auxilium* tribunizio. Cfr. sopra p. 64. V. pure sull'argomento: MERKEL I., *Ueber die Gesch. der klass. Appellation* (nelle *Abh. aus dem Gebiete des Röm. Rechts*, Halle, 1883, II, p. 41 e segg.); PERROT, *L'appel dans la procedure de l' ordo iudiciorum*, Paris, 1907 p. 5 e segg.; CUQ, *Les juges plebeiens de la colonie de Narbonne,* nelle *Mélanges d'archeol. et d'histoire de l'École Franc. de Rome*, I, 1881, p. 297-311; LECRIVAIN, *L'appel des juges - jurés sous le haut empire, Mél.* cit. VIII, 1888, p. 187 e segg.

(1) Cfr. sopra a p. 118.

(2) COSTANT., *C.* 7, 62, 14: 'Litigatoribus copia est etiam non conscriptis libellis ilico appellare voce, cum res poposcerit iudicata, tam in civilibus quam in criminalibus causis'.

(3) ULP., *D.* 49, 1, 1, 4: 'Libelli qui dantur appellatorii ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appellet, et adversus quem et a qua sententia'; 49, 1, 3.

tuttavia entro un termine assai breve, di due o tre giorni, secondo che l'appellante agisca o meno nel proprio interesse (1), e di dieci giorni nel diritto delle Novelle (2).

19. Il magistrato, contro la cui sentenza è proposto l'appello, ha obbligo di rimettere al magistrato superiore gli atti della causa (3), con delle apposite *litterae dimissoriae,* (o *libelli dimissorii,* o *apostoli);* nelle quali si deve contenere l' indicazione degli elementi fondamentali della controversia su cui ha luogo il giudizio di appello (4).

Nel cospetto del magistrato d'appello, davanti al quale le parti devono comparire entro certi termini diversi nei vari momenti, ha luogo un giudizio distinto e indipendente dal primo, per ciò che le parti possono addurvi nuovi elementi di prova; e per ciò che la parte stessa contro la quale l'appello fu interposto, può invocarvi la riforma del giudizio appellato; e, più ancora, almeno nel diritto giustinianeo, lo stesso magistrato d'appello ha facoltà di riformare la sentenza denunciatagli, a favore dell'appellato, invece che dell'appellante, indipendentemente da istanza che lo stesso appellato gli abbia rivolto (5).

---

(1) Ulp., *D.* 49, 4, 1, 5; Diocl. e Mass., *C.* 7, 62, 6, 5.

(2) *Nov.* 23 pr. 1. Il termine è rimesso, quando il condannato si sia astenuto dall'appellare per timore del giudice che aveva emanato la sentenza *C.* 7, 67 *(de his qui per metum iudicis non appellaverunt).*

(3) Costant., *C.* 7, 62, 21; Onor., e Teod. *C. Th.* 11, 30, 67.

(4) Valentin. e Val., *C.* 7, 62, 24; *Dig.* 49, 6: *de libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur.*

(5) Diocl. e Mass., *C.* 7, 62, 6 pr.: ' Eos, qui de appellationibus cognoscent ac iudicabunt, ita iudicium suum praebere conveniet, ut intellegant, quod, cum appellatio post decisam per

20. Codesto pericolo, che può incombere all'appellante, di un esito del giudizio di appello peggiore di quello del giudizio appellato, doveva valere già di per sè di remora e di freno contro gli abusi dei ricorsi in appello. Ma altri freni anche più gravi vi si aggiunsero.

L' appellante reietto dovette rimborsare all' appellato il quadruplo delle spese da lui sostenute per l'appello (1). Sotto Costantino l'appellante reietto incontrò la pena della relegazione e della confisca di metà del patrimonio (2).

---

sententiam litem interposita fuerit, non ex occasione aliqua remittere negotium ad iudicem suum fas sit, sed omnem causam propria sententia determinare conveniat, cum salubritas legis constitutae ad id spectare videatur, ut post sententiam ab eo qui de appellatione cognoscit recursus fieri non possit ad iudicem, a quo fuerit provocatum.... Si quid autem in agendo negotio minus se adlegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omissum, apud eum qui de appellatione cognoscit persequatur, cum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis quam iustitiam locum habere debere necessaria res forte transmissa non excludenda videatur '.

Il giudice d'appello deve attenersi per altro, almeno pel diritto delle Novelle, alla norma di legge vigente nel momento della sentenza appellata; non già alla norma sopraggiunta eventualmente fra tal momento a quello in cui egli è chiamato a pronunziarsi in grado d'appello: *Nov.* 115, c. 1.

(1) Paolo, *R. S.* 5, 37 : ' omnimodo ponendum est, ut, quotiens iniusta appellatio pronuntiatur, sumptus, quos dum sequeretur adversarius impendit, reddere cogatur, non simplos, sed quadruplos '; Diocl. e Mass., *C.* 7, 62, 6, 4 : ' ne temere autem ac passim provocandi omnibus facultas praeberetur, arbitramur eum, qui malam litem fuerit persecutus, mediocriter poenam a competenti iudice sustinere '.

(2) Costant., *C. Th.* 1, 5, 3 : ' si consentanea sit legibus iam prompta sententia, eius pronuntiationis improbus oppugnator, si

Nel diritto giustinianeo, cessata tale enorme sanzione, rimangono contro l'appellante reietto delle pene pecuniarie, le quali sono stabilite dal magistrato, in riguardo alle circostanze ed alla maggiore o minore temerarietà dell'appello (1).

Pel diritto pregiustinianeo e pel giustinianeo del Codice e delle Pandette, qualora il giudizio d'appello non fosse esaurito entro uno o due anni a cagione della mancata comparsa delle parti, il giudizio stesso si riteneva perento e la sentenza appellata passava in giudicato (2). Invece pel diritto delle Novelle, nel caso di mancata comparsa delle parti, il magistrato d'appello giudica da sè, in loro assenza, sulla base degli elementi trasmessigli dal magistrato di primo grado; ed emana la sua sentenza, che può anche essere favorevole alla parte assente, se da codesti elementi egli tragga argomenti bastevoli a formare in tal senso il suo convincimento (3).

21. Il rimedio dell'appello non è necessario, quando la sentenza sia affetta da uno di quei vizi essenziali che la rendano *nulla* o *nullius momenti:* quando sia pronunziata da un giudice incompetente, quando riguardi persone inesistenti o che non siano parti in causa, quando sia ema-

---

patrimonio circumfluit, biennio in insulam relegatione plectatur, eiusque bonorum media portio fiscalibus compendiis addicta cedat; quod si agrestis vitae sit aut etiam egentis, ad biennii tempus in metallum detrudendus est'.

(1) Giustin. *C.* 3, 1, 13, 6. Giustiniano stesso colla *Nov.* 82, 12 riafferma l'obbligo dei giudici di dar corso all'appello promosso contro le loro sentenze.

(2) Giustin., *C.* 3, 1, 13.

(3) Giustin., *Nov.* 23; 126, 2.

nata in seguito ad un procedimento condotto senza osservanza delle norme processuali fondamentali, quando contenga una pronunzia contraria ad una norma legale o ad una *res iudicata,* o ordini una prestazione impossibile. Tali sentenze sono improduttive di effetti, senza che occorra pertanto a rescinderle verun rimedio o strumento (1).

22. Cadute, nella *extraordinaria cognitio,* le regole vigenti nel processo classico intorno alla durata dei *iudicia* (giusta le quali questi avevano per termine estremo un anno e mezzo se appartenevano al novero dei *i. legitima,* o venivano meno senz'altro colla cessazione del potere del magistrato che li aveva instaurati, se appartenevano al novero dei *i. imperio continentia)* (2), accadeva che i giudizi

(1) *Dig.* 49, 8: '*Quae sententiae sine appellatione rescindantur; Cod.* 7, 48: '*Si non a competenti iudice iudicatum esse dicatur;* 7, 64: '*Quando provocare necesse non est;* Ulp., *D.* 42, 1, 4, 6: 'condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat: ceterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est condemnationis verbum non tenere'; Mod., *D.* 49, 1, 19: 'Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet, et ideo sine appellatione causa denuo induci potest'; Pap., *D.* 49, 1, 23, 1.

Interessanti osservazioni sopra i termini della nullità assoluta, in rapporto con quelli dell'annullabilità per mezzo dell'appello, ha pôrto testè il Vassalli, *L' antitesi ius factum nelle fonti giustiniance, Ann. della facoltà di Giurispr. dell'Università di Perugia,* XXVIII, 1914, p. 12 e segg.; il quale ha messo in giusto rilievo come la nullità abbia luogo quando l' errore del giudizio cade sul *ius constitutionis,* sulla premessa maggiore del sillogismo; non già quando l'errore cade sull'applicazione della legge al caso concreto.

(2) Cfr. sopra a pag. 75.

civili si trascinassero sovente per lungo tempo, con danno grave dell'amministrazione della giustizia, e dei litiganti che avessero buone ragioni da far valere.

Non mancarono tentativi di porre rimedio a cotali lungaggini, da parte di alcuni principi del secolo IV : i quali stabilirono che i procedimenti promossi da alcune azioni come quella di dolo (1), o nei quali avesse parte il fisco, non potessero durare più di un certo tempo, oscillante fra i due anni ed i due mesi (2). Ma una provvisione di carattere generale e di portata definitiva contro di quelle si ebbe soltanto con Giustiniano, e per mezzo della costituzione 13 *C.* 3, 1, rimasta famosa presso i commentatori (e dibattutissima nella sua complessa contenenza) colla designazione di *lex properandum*. Codesta costituzione fissò come durata massima per la vita dei giudizi il termine di tre anni, decorrenti dalla *litis contestatio* (3), stabilendo che dopo codesto termine il giudizio iniziato avesse a tenersi perento, e che perciò avessero ad annullarsi gli atti ad esso relativi. Che insieme colla perenzione del giudizio, e coll'annullamento degli atti inerenti a questo, la *lex properandum* portasse anche l'estinzione dell'azione, dalla quale esso era provocato, sembra assolutamente da escludere (4), benchè non manchino autorevoli scrittori che attribuiscono alla detta legge una così enorme portata (5). E sembra

(1) Costant., *C. Th.* 2, 15, 1.

(2) Costant., *C. Th.* 10, 1, 4: Graz. Valent. Teod., *C. Th* 10, 1, 13.

(3) Giust., *C.* 3, 1, 13, 1 : ' Censemus itaque omnes lites.... non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas '.

(4) Scialoia, *Proc. civile rom.*, p. 462-3.

(5) Cfr. Buonamici, *Storia della proc. civile rom.*, I, p. 331.

da escludere, perchè l'estinzione delle azioni per via di *praescriptio* ci si presenta tuttora nel diritto giustinianeo come un istituto autonomo e ben distinto dalla perenzione del giudizio, e sottoposto al medesimo lungo termine di 30 o di 40 anni fissato da Teodosio; e perchè quella *in integrum restitutio* che la *lex properandum* concede alle persone privilegiate, e che parve indizio favorevole alla detta intelligenza della nostra legge, può benissimo riferirsi agli atti processuali, anzichè all'azione (1).

---

(1) *Cod.* 7, 39: *de praescriptione XXX vel XL annorum; C. Th.* 4, 14: *de act. certo tempore finiendis.* Per la storia della prescrizione estintiva delle azioni si vegga la memoria del PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio in klass. röm. Rechte*, Leipzig, 1906. Sopra il notevole documento dell'84-86 d. C. contenuto in un papiro fiorentino v. MITTEIS, *Aegyptischer Schuldprozess, Z. d. S. S.* XXVII, p. 220 e segg. Tracce della *praescriptio* decennale serba il lacunoso documento venuto in luce testè nei *Papiri greci e latini*, vol. IV, 1917, n. 281, p. 2 e segg. Per la vecchia letteratura sulla prescrizione delle azioni v. DEMELIUS, *Geschichte der Klagverjährung*, nelle *Untersuch. aus dem röm. Civilrechte*, Weimar, 1856, p. 1-104.

Interessanti rilievi sulle caratteristiche della prescrizione giustinianea, in rapporto colla teodosiana, reca l'ASCOLI, *Prescrizione estintiva e rei vindicatio*, negli *Studi in onore di V. Scialoja*, I, p. 473 e segg.

Cap. III.

Il processo contumaciale.

1. Qualora accada che il convenuto non si presenti nella prima udienza o nelle successive, o che viceversa l'attore, dopo avere iniziato il processo, cessi a sua volta di comparire nelle udienze ulteriori, si fa luogo al processo contumaciale (1).

2. Se il convenuto non interviene alla prima udienza, pure avendo ricevuto la *denuntiatio* o il *libellus,* e dopo aver dato dei garanti per assicurare di prestarsi allo svolgimento del processo, l'attore può agire contro di questi, ed ottenerne la prestazione del *quantum interest* della causa iniziata (2). Se il convenuto così regolarmente citato si è impegnato d'intervenire per mezzo di giuramento (*cautio iuratoria*) il magistrato può imporgli delle multe per la mancata presentazione, o anche può, come spergiuro, farlo trascinare, ad istanza dell' attore, coattivamente alla sua presenza per mezzo di un *executor* (3).

---

(1) Per la letteratura relativa cfr. sopra a p. 101.

(2) *Dig.* 2, 11: *Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperabit;* Ulp., *D.* 2, 8, 2, 5: ' In fideiussorem qui aliquem iudicio sisti promiserit, tanti quanti ea res erit actionem dat praetor '.

(3) Cfr. sopra a p. 158.

3. Se il convenuto non potè essere citato, perchè assente senza legittima scusa (1) dal suo domicilio ed ivi sprovveduto di chi lo rappresenti, o perchè intenzionalmente resosi irreperibile (*latitans*), si fa luogo al processo senza la sua presenza, dopo che un *executor* ha recato al suo domicilio tre intimazioni a comparire, o anche un' unica intimazione perentoria, se il magistrato, in riguardo alle circostanze del caso, la ritenga sufficiente (2). A differenza di quel che accade nel processo classico, il convenuto *indefensus*, benchè manchi pur sempre, come tale, del diritto a far valere i mezzi di difesa che avrebbe potuto altrimenti addurre a suo favore, non è tuttavia condannato senz'altro nell'oggetto preteso dall'attore; poichè il magistrato può,

---

(1) Diocl. e Mass. *C.* 7, 43, 10: ' Cum non voluntatis tuae arbitrio, sed necessitate profectus sis, quidquid contra absentem statutum fuerit, quando absentiae necessaria causa sit, officere tibi iuris ratio non permittit '.

(2) Diocl. e Mass. *C.* 7, 43, 7: ' Ea quae statuuntur adversus absentes non per contumaciam, scilicet denuntiationibus nequaquam ex more conventos, iudicatae rei firmitatem non obtinere certum est '; 7, 43, 8: ' ..... a quo ter citatus si contumaciter praesentiam sui facere neglexerit, non abs re erit vel ad cogendum eum, ut se repraesentaret, possessionem bonorum cui incumbit ad te transferre et adversarium petitorem constituere, vel auditis defensionibus tuis id quod iuris ratio exegerit iudicare '; 7, 43, 9: ' Tres denuntiationes ad peremptorii edicti vicem adversus contumaces convalescere salubriter statutum est '; Costant., *C.* 3, 19, 2, 1: ' edictis legitimis proponendis eum citare curabit et tunc in eadem voluntate eo permanente negotium summatim discutiens in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni adlegatione servata '.

Intorno al rapporto esistente fra le *denunciationes* e *l'edictum* ricordati in codesti luoghi, e quello ricordato da Paolo, *R. S.*

sulla base degli elementi che sono a sua disposizione, o qualora quelli fornitigli dall'attore non gli paiano sufficienti a giustificarne la pretesa, respingere la detta pretesa e pronunziare così a favore dell'assente una sentenza di assoluzione (1).

4. Se l'attore riesce a convincere il magistrato giusdicente sulla fondatezza della sua pretesa, e se questa ha per oggetto un credito, egli ottiene di essere immesso in possesso di tante cose appartenenti al patrimonio del debitore contumace, quante occorrono a formare un valore corrispondente alla somma dovutagli; e rimane in tale possesso *rei*

5, 5ª, 6 (7) cit. a p. 103, e sulla questione se anche Paolo abbia in vista il processo che si svolge secondo l'*extraordinaria cognitio*, cfr. KIPP, *contumacia*, nel PAULY WISSOWA, cit. Un notevole documento attinente certo un processo svoltosi secondo l'*extraordinaria cognitio* è testè sopraggiunto nei *Griech. Papyrusurkunden der Hamburger Stadtbib.*, *herausg.* v. P. M. MEYER, 1911-13, n. 29, ll. 1-17 (e cfr. su questo documento LEWALD, in *Vierteljahrschr. f. Sozial und Wirthschaftsg.*, XII, p. 474-5).

(1) Già ELIO ANT., *C.* 7, 43, 1: 'Non semper compelleris, ut adversus absentem pronunties, propter subscriptionem patris mei, qua significavit etiam contra absentes sententiam dari solere. id enim eo pertinet, ut absentem damnare possis, non ut omnimodo necesse habeas'. La *summatim perscrutatio*, presupposta da CARAC., *C.* 7, 65, 1 a che la *sententia* proferita contro un *absens per contumaciam*, fosse assolutamente inattaccabile col rimedio dell'appello (per le varie intelligenze ivi dell'inciso '*negotio prius summatim perscrutato*' e per la riferibilità di esso a *condemnatus est*, cfr. BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Processe*, Leipzig, 1859, p. 273 e segg.) doveva consistere appunto in una sommaria delibazione degli elementi del giudizio risultanti a favore dell'assente; che dovette fin da allora essere imposta al giudice in maniera precisa e categorica. Reci-

servandae causa per un certo periodo di tempo (1), durante il quale il debitore può riavere le cose proprie presentandosi e pagando all'attore ogni danno; ed impegnandosi con fideiussori a prestarsi ad un regolare svolgimento del processo. Decorso invece il detto periodo, senza che il convenuto compaia, l'attore può procedere alla vendita delle cose dategli a possedere e rivalersi sul prezzo ricavato di quanto gli era dovuto (2).

Se la pretesa dell'attore ha per oggetto, anzichè un credito, un diritto reale, l'attore può, invece di far risolvere definitivamente la questione relativa e di promuovere il processo esecutivo, ottenere dal magistrato l'immissione nel possesso della cosa che ne è oggetto; e può convertire tale possesso in definitivo, se entro un anno il convenuto non si sia presentato a richiedere la cosa propria, prestando fideiussori atti a garantire il regolare svolgimento del processo (3).

---

samente GIUSTIN., *C.* 3, 1, 13, 4: 'Cum autem eremodicium ventilatur sive pro actore sive pro reo, examinatio sine ullo obstaculo celebretur. cum enim terribiles in medio proponuntur scripturae, litigatoris absentia dei praesentia repletur, nec pertimescat iudex appellationis obstaculum, cum ei, qui contumaciter abesse noscitur, nulla est provocationis licentia, quod in veteribus legibus esse statutum manifestissimi iuris est'.

(1) DIOCL. e MASS., *C.* 7, 72, 9: 'si ad circumscriptionem tui iuris latitat nec defendatur et eum tuum esse debitorem constat, ad exemplum edicti bonorum eius possessionem poteris impetrare'; GIUSTIN., *C.* 7, 72, 10 pr.; *Nov.* 53, 4.

(2) DIOCL. e MASS., *C.* 7, 72, 9 cit.: 'tempore autem transacto etiam venditionem eorum a competenti iudice postulare non prohiberis', *Nov.* 53, 4 cit.

(3) COSTANT., *C.* 3, 19, 2 cit.

5. Se il convenuto presentatosi alla prima udienza si assenta nelle successive, il magistrato gli intima per tre volte e alla distanza di dieci giorni di comparire. Dopo la terza intimazione ha luogo lo svolgimento del processo nel medesimo modo con cui avviene qualora la contumacia del convenuto sia cominciata già dalla prima udienza (1).

6. Se invece è l' attore che non compare dopo avere iniziato il giudizio, il convenuto è esonerato, trascorsi dieci giorni, dall'obbligo di prestarsi all'ulteriore svolgimento di esso. Se poi l'attore si rende contumace nello stadio successivo alla *litis contestatio,* dopo decorsi due anni e mezzo dall'inizio della contumacia, è invitato con un triplice editto a comparire ; e se neppure dopo di questo interviene, il magistrato giudica parimente sulla base degli atti della causa : e se da questi trae dati sufficienti per convincersi del buon diritto di lui, può, nonostante la sua contumacia, emanare la sentenza in suo favore, addossandogli soltanto, in pena di questa, le spese (2).

---

(1) Giustin., *C.* 3, 1, 13, 3.
(2) Giustin., *C.* 3, 1, 13, 2-2.c

Cap. IV.

I processi sommari, il processo per rescriptum, il compromesso.

1. Le discipline osservate nei processi ordinari subiscono talora delle deroghe, intese allo scopo di procacciarne la speditezza e di semplificarne l'esaurimento, per riguardo al carattere stesso delle controversie a cui si riferiscono, che renda troppo grave ed incommoda la rigorosa attuazione di quelle.

2. Pei processi attinenti un valore inferiore a trecento solidi (1) e per quelli di competenza della *episcopalis audientia* (2) non è richiesto, nel diritto giustinianeo, che l'atto introduttivo sia scritto, nelle forme del *libellus conventionis*.

3. Altri processi sono esonerati dalle regole ordinarie vigenti circa i termini precostituiti pei singoli atti; e vi si ammettono dei termini più brevi. Così pel Codice Teodosiano sono esonerati dall' osservanza della *litis contestatio* e dai termini relativi specialmente le questioni attinenti

---

(1) *Nov.* 82, 5: κατὰ παρασημείωσιν ἀκροάζονται. La sentenza peraltro, anche per cotali controversie dev'essere scritta: ἀλλὰ δώσουσιν ὅρον ἐν γράμμασι τὸν τῆν αὐτῶν δηλοῦντα γνώμην.

(2) *Nov.* 83 pr.: ἀγράφως καταξετάζεσθαι τὴν ὑπόθεσιν.

dei crediti risultanti da chirografi di mutuo di genuinità evidente ed incontroversa (1), le questioni relative a crediti delle chiese (2), ed a crediti fiscali, le questioni possessorie, di fedecommesso, di inofficioso testamento, di tutela (3).

4. Altri processi ancora, già nell'impero classico, e cioè nello stesso periodo in cui la cognizione assunta intieramente dal magistrato costituisce tuttora l'eccezione, differiscono dagli altri che si svolgono colle forme consuete della *extraordinaria cognitio,* per ciò che il magistrato giudice vi assume una semplice e rapida delibazione del materiale probatorio, allo scopo di giungere colla maggiore rapidità ad una decisione, la quale ha in sè medesima carattere provvisorio (4). Codesta sommaria delibazione (*summatim cognoscere*) ha

(1) Valent. Val. Greg., *Cod. Theod.* 2, 4, 3: ' Exigendae denuntiationis locus non est, cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur '. Cfr. n. 3.

(2) Onor. e Teod., *Cod. Theod.* 2, 4, 3.

(3) Arc. Onor. Teod., *Cod. Theod.* 2, 4, 6: ' Si quis debiti, quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligatione facta cautione translatum est, seu fideicommissi dirigat actionem, aut momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum efflagitet, seu inofficiosum arguat testamentum, vel tutelae seu negotiorum actionem intendat, ruptis denuntiationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere, denuntiatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus caussis, quarum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri '.

(4) Cfr. intorno alle caratteristiche di codesto *summatim cognoscere* nel processo romano imperiale: Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Processe* cit., p. 293 e segg.

luogo in particolare per le controversie relative a prestazioni alimentari, nelle quali appunto l'esistenza di vincoli di parentela addotti come titolo per la pretesa di queste è riconosciuta sulla base di elementi rapidamente e provvisoriamente apprezzati dal magistrato, senza che siffatta ricognizione valga poi a costituire intorno a quelle cosa giudicata, per le questioni di stato che vi si ricollegano (1). Analogamente ha luogo per le controversie relative all'immissione in possesso del patrimonio di un defunto, chiesta da un impubere che pretenda avervi titolo alla successione, o da una donna che rechi in seno un nascituro, pel quale essa invochi del pari codesto titolo; per le controversie *ex Carboniano edicto* e *ventris nomine* (2). Anche nel caso in cui sia contestata la validità del testamento, nel quale si contenga la manomissione di un servo, si procede ad una cognizione sommaria degli argomenti addotti contro di questo, allo scopo di accertare che la contestazione abbia un certo fondamento di attendibilità, innanzi di sospendere, per lo svolgimento di un regolare giudizio, la libertà del servo che vi è ordinata (3). Così pure, proposte da una parte all'altra davanti al magistrato delle *interrogationes in iure,* il magistrato medesimo, innanzi di costrin-

(1) Ulp., *D.* 25, 3, 5, 8-9: 'Si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summatim iudices oportet super ea re cognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, non decernent alimenta. Meminisse autem oportet, etsi pronuntiaverint ali oportere, attamen eam rem praeiudicium non facere veritati: nec enim hoc pronuntiatur filium esse, sed ali debere; et ita divus Marcus rescripsit'.

(2) Ulp., *D.* 37, 10, 3, 4.

(3) Ulp., *D.* 5, 3, 7, 1.

gere la parte interessata a rispondere, procede ad un'indagine sommaria intesa ad escludere ch' esse siano messe nnanzi maliziosamente (1); ed analogamente vi procede qualora l'una parte richieda dall'altra la prestazione di una *stipulatio* processuale (2); o qualora intervenga a pretendere dall' erede una *satisdatio* idonea a garantirne la prestazione di un fedecommesso chi vanti a questo un diritto, di cui l' erede medesimo contesti assolutamente il fondamento *(num per calumniam satis petitum)* (3). Nel caso di contesa sopra la spettanza giuridica o il diritto al godimento di una cosa mobile, occorrendo identificare la cosa stessa presso colui che la detenga, si procede ad una sommaria cognizione intorno all'esistenza dei titoli che l'attore intende far valere su quella, prima di ammettere che costui possa costringere il convenuto a presentargliela coll'*actio ad exhibendum* (4). Ed occorrendo pure determinare se una cosa mobile sequestrata presso un debitore, in seguito a *pignoris capio,* appartenga invece che a questo ad un terzo il quale se ne vanti proprietario, si procede ad una cognizione sommaria delle ragioni addotte da cotesto terzo a sostegno della sua pretesa, per trarne elemento a sospendere o meno sulla cosa da lui vantata come propria la procedura esecutiva, iniziata contro il debitore che si trovava a detenerla (5). Così nel caso di questione promossa

(1) Ulp., *D.* 11, 1, 9, 6.

(2) Ulp., *D.* 46, 5, 1, 9.

(3) Ulp., *D.* 36, 4, 3, 1.

(4) Ulp., *D.* 10, 4, 3, 9. Intorno alla funzione pratica dell'*actio ad exhibendum* v. Lenel, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, *Zeitschr. f. priv. und öff. Recht*, XXXVII, 1910, p. 515 e segg.

(5) Ulp., *D.* 42, 1, 15, 4.

intorno alla spettanza di un immobile, contro chi lo detenga a nome altrui e di mancata comparsa del *dominus* regolarmente invitato ad assumere la difesa del suo diritto, l' attore può ottenere d' essere immesso frattanto nel possesso di quello, sulla base di una sommaria delibazione delle sue ragioni, *omni allegatione absenti de principali quaestione servata* (1).

Alla cognizione sommaria si ricorre finalmente in qualche caso in cui sussista un ragionevole timore che, non procedendosi con speditezza, l'attore abbia a perdere i mezzi per provare un diritto, la cui ricognizione sia da sottoporre in seguito ad un giudizio ordinario. Così vi si ricorre per accertare il fatto materiale della distruzione di un titolo di credito, per la quale il danneggiato intenda di esperire l' *actio legis Aquiliae :* ad ovviare appunto al pericolo che nel momento in cui debba farsi luogo al giudizio promosso con la detta azione gli strumenti di prova del fatto, e specialmente i testimoni, abbiano a mancare (2).

5. Una singolare maniera di processo sopraggiunge nell' impero, nel momento in cui predomina ancora come normale il così detto *ordo iudiciorum privatorum ;* e persiste nel tempo in cui prevale invece come forma generale l'*extraordinaria cognitio:* il processo *per rescriptum principis,* o *per libellum principi oblatum* (3).

---

(1) Costant., *C.* 3, 19, 2 cit.

(2) Paolo, *D.* 9, 2, 40.

(3) *C. Th.* 1, 2: *De diversis rescriptis ;* C. *I.* 1, 19 : *De precibus imperatori offerendis et de quibus rebus supplicare liceat vel non.*

Questo è esperibile solamente per controversie non peranco dedotte davanti ai magistrati ordinari, e per le quali pertanto non penda ancora veruna lite (1). Ed ha luogo specialmente per dibattiti relativi a rapporti, pei quali non sussista una tutela ben definita e certa nelle norme generali di diritto, e specialmente per quelli regolati da qualche diritto locale, di cui sia tuttora dubbia la ricognizione da parte dello Stato romano e degli organi rispettivi. Esso ha luogo colla presentazione al principe, per mezzo di apposite *preces*, dei termini del dibattito, da parte di uno dei contendenti, o di entrambi, e coll'istanza a lui rivolta perchè voglia procacciarne la decisione.

Il principe può aderire all' istanza rivoltagli, pronunziando egli medesimo, assistito dal suo *consistorium*, la decisione invocata, per mezzo di un *rescriptum ;* il quale ha valore assoluto e definitivo, in ogni caso in cui i presupposti di fatto dai quali muove siano veri, e non siano stati dolosamente alterati dalla parte che lo ha provocato (2); o in cui la norma particolare di diritto contenutavi non urti contro una norma generale vigente. Oppure può aderirvi, rinviando la decisione al giudizio di un magistrato o di un funzionario imperiale ; il quale, in seguito a ciò, conosce della controversia diferitagli colle forme ordinarie, ma è tenuto per altro ad uniformarsi alle

---

(1) *C. I.* 1, 21 : *Ut lite pendente vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare.*

(2) *C.* 1, 22 : *Si contra ius utilitatemve publicam vel per mendacium fuerit aliquid postulatum vel impetratum ;* Costant., *C.* 1, 19, 3 ; Teod. e Valent., *C.* 1, 19, 7.

istruzioni che il principe gli ha dato nell'atto di pronunziare il rinvio (1).

6. Invece di sottoporre la decisione della loro controversia ai magistrati investiti della giurisdizione, i contendenti possono deferirla alla decisione di uno o più arbitri prescelti da essi liberamente. La convenzione colla quale s'impegnano a rimettersi a tale decisione *(compromissum)* raggiunge nel diritto classico pratica efficacia solo in guisa indiretta: e cioè per mezzo di stipulazioni penali scambiatesi dai compromittenti, che valgono a dar luogo all' azione *ex stipulatu,* per la ripetizione della penale da quello di essi che non si attenga alla sentenza arbitrale (2). Nel diritto postclassico anteriore a Giustiniano il patto di compromesso vale invece a dar luogo ad una eccezione, per mezzo della quale il compromittente debitore, a cui favore sia stata pronunziata la sentenza dall' arbitro, può difendersi dall' azione esperita dall'altro, così come se il compromesso non fosse stato da lui accettato (3). Più ancora nel diritto giustinianeo la sentenza pronunziata dall'arbitro dà luogo a pro della parte vincitrice ad un' azione, per

(1) Sopra applicazioni di codesta maniera di processo fin nel diritto giustinianeo, successivo alla Novella 113, 1, cit. a p. 175, n, 1., che parve abolirla, recano ora nuovi dati i papiri greco egizi dichiarati dal PARTSCH, *Neue Urkunden zum justinianischen Reskriptenpr., Nachr. der K. Gesell. der Wissensch. zu Göttingen, Phil. hist. Kl.* 1911, p. 201 e segg.

(2) *Consult.* 9, 17: 'Qui contra arbitri sententiam petit, sola in eum poenae actio ex compromisso competit, non etiam exceptio pacti conventi'; ULP., *D.* 4, 8, 2.

(3) GIUSTIN., *C.* 2, 55 (56), 5 pr. cfr. la nota successiva.

ottenerne l' esecuzione (1), in ogni caso in cui resulti da un atto scritto il giuramento col quale le parti abbiano rafforzato il proprio compromesso e col quale l'arbitro si sia impegnato a decidere secondo coscienza la lite *(super lite cum omni veritate derimenda)* (2); o in cui altrimenti le parti abbiano sottoscritta la sentenza arbitrale, dimostrando con ciò il loro intendimento di accettarla (3); o in cui l' abbiano manifestato tacitamente, astenendosi per lo spazio di 10 giorni dall'impugnarla (4).

---

(1) GIUSTIN., *C.* 2, 55 (56) 5 pr.: ' Cum antea sancitum fuerat in arbitris eligendis, quos neque poena compromissi vallabat neque iudex dederat, sed nulla praecedente sententia communis electio, ut in illorum sententia stetur, procreabat, si quidem pro parte pulsata forma arbitralis procederet, exceptionem ei veluti pacti generari, sin autem pro actore calculus poneretur, nihil ex eo procedere ei praesidii: sancimus in eos arbitros, quos praediximus et quos talis consensus elegerit sub eo pacto in scriptis vel non in scriptis habito, ut eorum definitioni stetur, si quidem subscripserint, postquam definitio procedit, quod non displicet ambabus partibus eorum sententia, non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem, quatenus possit sententia eius executioni mandari '.

Sopra l'appartenenza all'età postclassica dell'*exceptio pacti* dal compromesso cfr. le acute ricerche del ROTONDI, *Un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee (L'exceptio veluti pacti ex compromisso)* negli *Annali della facoltà giur. di Perugia*, 1914.

Corrispondenze fra il compromesso praticato nel diritto greco egizio durante l' età romana ed il compromesso romano nota il BERGER, *Die Strafklauseln in der Papyrusurkunden*, Leipzig, 1911, p. 212 e segg.

(2) GIUSTIN., *C.* 2, 55 (56), 4 e 5, 1. Revocato colla Novella 82, 11.

(3) GIUSTIN., *C.* 2, 55 (56), 5, pr.

(4) GIUSTIN., *C.* 2, 55 (56), 5, 1.

La procedura da seguirsi davanti agli arbitri è del tutto libera dalle forme e discipline stabilite per quella dei processi ordinari. Specialmente sono inapplicabili ad essa le regole fissate nei processi ordinari per la valutazione delle varie categorie di prove. La sentenza pronunziata dall'arbitro è di sua natura inappellabile (1).

---

(1) Carac., *C.* 2, 55 (56), 1; Paolo, *D.* 4, 8, 32, 14.

Cap. V.

Il processo esecutivo.

1. Se contro la sentenza proferita dal magistrato non è proposto appello, o se l'appello proposto è respinto, e la sentenza forma così *res iudicata* (1), qualora la parte soccombente non addivenga alla spontanea prestazione di ciò che forma il contenuto della condanna, può farsi luogo, mediante l' *actio iudicati*, al processo esecutivo sulla base della sentenza passata in giudicato (2).

2. Nell'impero recente l'esecuzione ha luogo esclusivamente sul patrimonio del condannato, non più sulla persona di lui. L'arresto personale del debitore, ammesso pei crediti fiscali e per alcuni casi eccezionali di crediti privati, sopravvive solo come strumento che serve ad assicurare l'esecuzione sul patrimonio del debitore medesimo (3).

L'esecuzione sul patrimonio del debitore ha luogo, nel

---

(1) Paolo, *R. S.* 5, 5,ª 1: 'Res iudicatae videntur ab his, qui imperium potestatemque habent vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur, itemque a magistratibus municipalibus usque ad summam, qua ius dicere possunt, itemque ab his, qui ab imperatore extra ordinem petuntur'.

(2) Cfr. sopra a pag. 91 n. 1. E aggiungi Weiss, *Rechtskraft und Einrede, Festschr. f. Wach*, 1913, II, p. 203 e segg.

(3) Costanzo, *C.* 10, 19, 3.

periodo di cui ci occupiamo, in modo differente da quello con cui aveva luogo nel diritto classico.

3. Se la condanna invero ha per oggetto la spettanza o il godimento di una cosa singola, l'attore può coll'*actio iudicati* ottenerne la consegna *manu militari*, coll'assistenza dei funzionari appartenenti all'ufficio del magistrato che la pronunciò; come può ottenere a corrispettivo una somma di danaro, da determinarsi sulla base del giuramento da lui medesimo prestato circa il valore della cosa controversa (1). Se invece la condanna ha per oggetto la prestazione di una data somma, l' attore può ottenere dal magistrato il sequestro di cose appartenenti al debitore condannato; sequestro che ha luogo del pari per opera di *apparitores* del magistrato; e dura per lo spazio di due mesi, durante il quale il debitore può riscattare le cose sequestrate, pagando la somma dovuta. Decorso questo tempo senza che avvenga il pagamento, la cosa sequestrata è venduta all' incanto dagli stessi *apparitores*; e sulla somma ricavata si fa luogo al soddisfacimento dell'attore (2). Codesta procedura, designata col nome di *pignus in causa iudicati captum,* appare già introdotta nel corso dell'impero classico, come eccezionale per l'esecuzione dei giudicati dei funzionari investiti della *extraordinaria cognitio* (3); e si venne estendendo e consolidando, quando il processo della *cognitio* assunse portata a valore generale.

---

(1) *D.* 6, 1, 68 (interpolato).
(2) Carac., *C.* 7, 53, 3; Diocl e Mass., *C.* 7, 53, 9.
(3) Cfr. a p. 100.

4. Se i creditori siano in più, può aver luogo il processo esecutivo sull'intiero patrimonio del debitore insolvente, anzichè su cose singole a lui spettanti. E tale esecuzione può aver luogo, sia colla *cessio bonorum* fatta spontaneamente dal debitore, nei casi in cui egli appaia degno di particolar favore perchè caduto in istato d'insolvenza senza sua colpa (1); sia colla *missio in possessionem,* autorizzata dal magistrato sulla base di sentenza di condanna, o di confessione avvenuta da parte dello stesso debitore, e colla successiva *bonorum distractio*. A rappresentare la massa dei creditori, a favore dei quali la *missio* sia consentita, è nominato dal magistrato stesso, e su proposta dei detti creditori, un *curator bonorum*. Questi gerisce il patrimonio, nel periodo di tempo in cui deve durarne li possesso: che normalmente è di due anni, e può prolungarsi fino a quattro, se vi abbiano, quando è ordinata la *missio,* dei creditori assenti dalla provincia ; ai quali si vuole assicurata la possibilità di far valere le proprie ragioni. Decorso lo spazio fissato, si procede alla *bonorum distractio,* a cura dello stesso *curator,* coll'assistenza e col controllo dei funzionari dipendenti dal magistrato che autorizzò la *missio* (2). La *distractio,* già apparsa come eccezionale nel precedente periodo, ha luogo coll'aggiudicazione delle cose singole del patrimonio al migliore offerente. Sulla somma ricavata da codesta vendita si procede al pagamento dei diversi cre-

(1) *Dig.* 42, 3: *de cessione bonorum.*

(2) *Dig.* 42, 5: *de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis ; Dig,* 42, 7 : *de curatore bonis dando ; Cod.* 7, 72 : *de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus* ".

ditori, in proporzione di quanto è loro dovuto, salvo il caso in cui esistano tra essi dei privilegiati; i quali per riguardo al loro titolo sono soddisfatti di preferenza (1).

5. A conciliare insieme i diritti dei creditori con quelli del debitore morto lasciando oberato il suo patrimonio, ed a limitare in casi siffatti i ricorsi della *missio in possessionem* e della *distractio*, si matura nel diritto giustinianeo un istituto, già apparso nel diritto classico, con ben diversa struttura e portata: e cioè il *pactum ut minus solvatur* fra creditori ed erede. Per mezzo di questo, i creditori, nell' intento di evitare il danno che deriverebbe loro dalla ricusa dell' erede di accettare l' eredità deferitagli, se sia *heres extraneus,* o dal suo esercizio del *beneficium abstinendi,* se sia *heres suus*, e del *beneficium separationis* se sia *heres necessarius,* s' impegnano a non esigere i loro crediti che entro una certa misura, inferiore all'entità originaria, scomputandone una parte. Mentre per altro nel diritto classico codesto *pactum* impegnava soltanto quelli fra i creditori che avevano partecipato alla sua conclusione (2), nel diritto giustinianeo esso ripete valore dalla deliberazione della maggioranza sanzionata dal magistrato (3), e diviene

---

(1) Giustin., *C.* 7, 72, 10.

(2) Ulp., *D.* 2, 14, 10 pr.: 'Rescriptum divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire'.

(3) *D.* 2, 14, 7, 19: 'Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint; si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem'. Che codesto periodo sia

come tale impegnativo anche per gli assenti, e per gli appartenenti alla minoranza dissenziente (1).

---

opera dei compilatori fu avvertito già dall'ALBERTARIO, *Hodie (contrib. alla dottrina delle interpol.)*, Pavia, 1911, p. 12 e dal BESELER, *Beitr. zur. Kritik der röm. Rechtsquell.* II, p. 97.

(1) Intorno al valore di codesto istituto nella storia del *concordato di maggioranza*, cfr. le acute osservazioni del ROCCO, *Il fallimento*, cit., p. 165-6. Il ROCCO attribuisce per altro l'obbligatorietà, per la minoranza dissenziente, del patto consentito dalla maggioranza, già al momento di M. Aurelio, non sospettando della genuinità del testo riferito alla nota precedente.

Cap. VI.

La difesa privata.

1. Durante il periodo in cui predomina il processo della *extraordinaria cognitio,* nel quale il magistrato interviene in rappresentanza dello Stato a procacciare fra i consociati l'attuazione della giustizia, si vengono imponendo freni e sanzioni nuove ed intense agli atti coi quali i singoli tendono a rendersi ragione da sè medesimi, anzichè ricorrere, coll' osservanza delle norme e discipline prescritte, alle vie giudiziali (1).

2. Colui che, avendo un credito verso un altro, si fosse procacciato da sè la dovutagli prestazione, poteva trovarsi esposto veramente, fin dall' inizio dell' impero ed in forza della *lex Iulia de vi,* alla perdita del detto credito, oltre che ad altre sanzioni di carattere penale. Perchè peraltro avesse luogo quest' effetto, era forse necessario dapprima che nel suo comportamento verso il debitore intervenissero gli estremi della *vis (privata)* e cioè avessero luogo degli atti coercitivi diretti sulla persona di lui ; mentre l'appropriazione della cosa dovuta, senza ricorso ad atti di tal

---

(1) Paolo, *D.* 50, 17, 176 pr.: ' Non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumulti faciendi '. Sopra le tracce della difesa privata persistite nell'età storica cfr. specialmente Declareuil, *La iustice dans les coutumes primitives, N. r. h. de dr. fr. et étr.* 1889, p. 114 e segg.

genere, non incorreva forse peranco nelle sanzioni della *lex Iulia.*

3. Con M. Aurelio tuttavia, indipendentemente dai termini della *lex Iulia,* è trattata come *vis,* ed è sottoposta alle conseguenze di questa, qualsivoglia appropriazione avvenuta da parte del creditore senza ricorso al magistrato e senza l'assistenza di esso: *'vis est tunc quotiens quis, id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit'* (1). Il *decretum,* col quale fu attuato codesto passo decisivo nella determinazione di sanzioni contro l'esercizio della ragione privata, rimase fondamentale e famoso nella pratica successiva *(decretum divi Marci);* ed il suo concetto informatore ebbe di seguito altre notevoli applicazioni ed ampi sviluppi (2).

4. Nel campo dei diritti di credito, è da segnalare l'estendimento delle sanzioni del *crimen vis* all'impedimento che il creditore frapponga alle funebri onoranze o alla sepoltura del debitore, allo scopo di esercitare con quello una coercizione sugli eredi di lui, per indurli al paga-

---

(1) CALL., *D.* 48, 7, 7; 4, 2, 13.

(2) La vecchia letteratura sul *decretum divi Marci* può vedersi riassunta e criticamente valutata nella sempre utile memoria del LINDE, *Beitr. zur Lehre über die Selbsthülfe, Zeitschr. f. Civilr. und Proz.*, I, 1828, p. 392 e segg. V. pure SARTORIUS, *Nachvorschungen über das Decretum D. Marci, Zeitschr.* cit., XX 1844, p. 1 e segg.; BURCHARDI, *Anwendung des sogenannten decretum d. Marci bei zweiseit. Obligat., Arch. f. civil. Prax.* XVIII, 1835, p. 419 e segg.

mento : estendimento che appare già fissato nella giurisprudenza dei Severi (1), e ch' è riaffermato da ultimo con nuove e più gravi sanzioni (2).

Nel campo dei diritti reali son da segnalare p incipalmente la costituzione di Diocleziano e Massimiano, che pronunzia applicabili le sanzioni comminate alla rapina *(vi*

---

(1) PAOLO, *R. S.* 5, 26, 3; MARC., *D.* 48, 6, 5 pr. In codesti luoghi si parla genericamente di chi '*funerari sepelirive aliquem prohibuerit funusve eripuerit turbaverit*'; '*quive fecerit, quo minus sepeliatur, quo magis funus diripiatur distrahatur*'; senza che si esprima che la turbativa delle onoranze funebri riguardi la salma di un debitore, come è espresso invece nella costituzione di GIUSTINO, *C.* 9, 19, 6; e nella *Novella* 60, 1, di GIUSTINIANO. Che tuttavia anche in codesti luoghi si debba aver riguardo al creditore, che intende colla detta turbativa di esercitare la sua ragione e mira a sottrarsi alle forme legalmente precostituite per ottenere l'esazione dei propri crediti, resulta con certezza dal fatto che essa entra nei termini del *crimen vis*, anzichè in quelli del delitto d' *iniuria*, nei quali entrerebbe certamente una siffatta offesa commessa da un terzo contro la salma o la memoria di un morto.

(2) GIUSTINO, *C.* 9, 19, 6 cit.; GIUSTINIAN., *Nov.* 60, pr. 1 cit. Per la costituzione di Giustino il creditore che ricorre a così crudele spediente perde il credito, se esso veramente sussiste, o deve pagare altrettanto nel caso contrario; di più incorre in pene corporali. La Novella aggiunge la confisca di $^1/_3$ del patrimonio. Questa assimila pure all' impedimento frapposto alla sepoltura l' invasione della casa del debitore morente, alla quale il creditore ricorra per riaffermarvi o cautelarvi il proprio diritto, con molestia inumana del moribondo e dei suoi congiunti. Intorno alla diffusione di codesto strumento crudele di coazione nella vita del secolo IV porge notizie precise il luogo ben noto di S. AMBR., *De Tobia* 10, 36.

Nell' *Editto* di Teodorico, c. 75 le pene della *vis* sono comminate a chi '*sepeliri mortuum quasi debitorem suum adserens*,

bona rapta) all'appropriazione che il creditore pignoratizio faccia presso il debitore delle cose pignorategli (1); e l'altra di Valentiniano Teodosio ed Arcadio, che commina la perdita della giuridica spettanza della cosa a colui, che, essendone veramente proprietario, la distolga da sè violentemente al detentore, senza previa ricognizione giudiziale del suo diritto; mentre commina a chi ricorra a siffatta violenta appropriazione di cose spettanti anzichè a lui ad un terzo, l'obbligo di restituirle ai possessori e di prestarne di più a titolo di pena il valore (2).

---

prohibuerit '. Ed il GAUDENZI, *Gli editti di Teodorico e di Atalarico* ecc. 1884, p. 18, congettura che l'impedimento frapposto alla sepoltura sia passibile di pena solo in quanto chi lo esercita vanti a torto un diritto di credito verso il morto: e sia invece giustificato quando il credito veramente sussiste. Ciò che è giustamente contestato dal COROÏ, *La violence* cit. p. 235, n. 3.

Intorno alla diffusione di siffatto strumento di coazione anche nella vita giuridica d'altri momenti cfr. ESMEIN, *Debiteurs privés de sépolture, Mélanges d' histoire du droit et de critique*, Paris, 1886, p. 245 e segg.; HINOJOSA, *La privacion de la sepoltura de los deudores*, negli *Estodios sobre la historia del derecho espanol*, Madrid, 1903.

(1) DIOCL. e MASS., *C.* 9, 33, 3.

Tanto più è passibile delle sanzioni del *crimen vis* il creditore, che per garantirsi del suo credito s' impadronisca da sè di un fondo del debitore, senza che su questo gli sia stata costituita veruna ipoteca: DIOCL. e MASS., *C.* 9, 12, 5.

Il creditore chirografario, che s'impossessa di cose mobili del debitore, senza autorizzazione del magistrato, per ritenersele in pegno, commette del pari una *vis privata*: PAOLO, *R. S.* 5, 26, 4.

(2) VALENT. TEOD. ARC., *C.* 8, 4, 7; ZEN., *C.* 8, 4, 10.

Una precedente costituzione di COSTANT., *C. Th.* 9, 10, 3; *C. I.* 9, 12, 7; *lex Rom. Burg.* 8, aveva comminato la pena della

5. Nell' impero avanzato si trovano presi ad oggetto di apposite sanzioni altri mezzi di coercizione esercitati dai creditori sui debitori inadempienti: e specialmente quella che ha luogo col sequestro dei figli loro. Il creditore che vi ricorra è colpito, in seguito ad una Novella giustinianea, oltre che colla perdita del suo credito, coll'obbligazione impostagli di corrispondere una somma pari all'ammontare di questo ai figli del debitore, e di più colle pene comminate criminalmente contro gli autori di attentati all'altrui libertà personale (1).

6. Attrasse parimente le sanzioni della legislazione imperiale, fra Zenone e Giustiniano, il costume venutosi avanzando in qualche regione, da parte dei creditori, di esercitare delle rappresaglie sul patrimonio di appartenenti al medesimo *vicus* del debitore, e di apprendervi arbitrariamente degli oggetti a garanzia del soddisfacimento del loro avere (2). Giustiniano comminò, come sanzione di siffatte rappresaglie, la perdita del credito e l'obbligo di pa-

---

deportatio e della confisca del patrimonio a colui che si fosse violentemente impossessato del fondo o della cosa mobile che ritenesse spettargli; fissando che il giudizio criminale relativo a questa *vis* avesse a precedere il giudizio civile relativo alla vantata spettanza, il quale doveva sospendersi fino all'esaurimento di quello.

Chi, nella pendenza di una questione di confini, s'impossessa della porzione di terreno che pretende sua propria, prima che gli sia aggiudicata dal giudice, perde senz'altro la detta porzione, e di più un'altra uguale, se la sentenza pronunzi sfavorevelmente a lui rispetto a quella così usurpata (Costant., *C.* 3, 39, 4).

(1) Giustin., *Nov.* 134, 7.

(2) Zenone, *C.* 11, 57, (56) 1 (*ut nullus ex vicanis pro alienis debitis vicanorum teneatur*).

gare al proprietario delle cose così apprese il quadruplo valore (1).

7. Prosegue invece ad essere ammesso, tuttora nel periodo stesso di cui qui ci occupiamo, che il singolo possa da sè e di sua iniziativa difendersi contro l'aggressione arrecata allo stato di possesso in cui si trova, respingendo la violenza colla violenza (2).

E si ammette del pari che il proprietario di un immobile possa, per mezzo di una privata diffida, arrestare validamente le opere che alterino lo stato di fatto (*interdictum quod vi aut clam*) (3) o rechino nocumento all'immobile di sua spettanza (*nuntiatio novi operis*) (4); e che dia luogo con tale diffida al diritto di ottenere la remissione dello stato pristino, in ogni caso in cui quegli al quale era rivolta non ne abbia tenuto conto, ed abbia proceduto invece nelle innovazioni o nell'erezione dell'opera, senza prima ricorrere al magistrato per far riconoscere l'eventuale infondatezza di essa e farsi prosciogliere dalla necessità di osservarla; o senza altrimenti prestare all'autore di essa, nel cospetto del magistrato, una cauzione idonea a guarentirlo contro i danni che potessero derivargli dalle opere a cui si riferisce.

---

(1) Giustin., *Nov.* 52, 1. Cfr. Dareste, *Le droit de représaille*, nei *Nouvelles études d' histoire du droit*, Paris, 1902, p. 49-50.

(2) Ulp., *D.* 43, 16, 1, 27 e 3, 9; Paolo, *D.* 9, 2, 45, 4,

(3) *D.* 42, 24: *quod vi aut clam.*

(4) Ulp., *D.* 39, 1 *(de operis novi nuntiatione)*, 1, 2: 'Nuntiatio ex hoc edicto non habet necessariam praetoris aditionem: potest enim nuntiare quis etsi cum non adierit'.

INDICE ALFABETICO

abdicatio (cognitoris) . . . . . p. 134
absens non defensus . . . . . » 92, n. 2; 95, n. 1, 117
» *rei publicae causa*. . . . . » 95, n. 1; 118
accipere iudicium . . . . . » 40
acta . . . . . » 166
actio . . . . . » 58, n. 2
» (in senso generico) . . . . . » 113, n. 1; 118, n. 2
» *ad exhibendum* . . . . . » 58
» *adversus iudicem qui litem suam fecit* » 65, n. 1; 86
» *aquae pluviae arcendae*. . . . . » 58
» *Calvisiana* . . . . . » 58
» *civilis incerti* . . . . . » 51, n. 1
» *communi dividundo* . . . . . » 46, n. 1
» *de dolo* . . . . . » 58
» *de eo quod certo loco* . . . . . » 59 i. n.
» *depensi* . . . . . » 13, n. 3; 80
» *depositi* . . . . . » 84
» *Fabiana* . . . . . » 58
» *familiae erciscundae* . . . . . » 46, n. 1
» *fiduciae* . . . . . » 84
» *in factum* (contro l'*in ius vocatus*) » 14
» *iniuriarum* . . . . . » 57
» *iudicati* . . . . . » 13, n. 3; 90
» *legis Aquiliae* . . . . . » 80
» *mandati* . . . . . » 84
» *Pauliana*. . . . . » 58; 94, n. 2
» *praescriptis verbis* . . . . . » 51, n. 1
» *pro socio*. . . . . » 84
» *quod metus causa*. . . . . » 58
» *redhibitoria*. . . . . » 58
» *rei uxoriae* . . . . . » 57
» *rerum amotarum* . . . . . » 61
» *Rutiliana* . . . . . » 59, n. 3; 97

actio Serviana . . . . . p .50, n. 3; 97
» *sepulchri violati* . . . . . » 57
» *tutelae* . . . . . » 84
actiones adversus confitentem . . . . » 81, n. 1
» *adversus infitiantem* . . . . » 55; 81
» *arbitrariae* . . . . . » 57
» *bonae fidei* . . . . . » 46, n. 1; 56
» *certae* . . . . . » 56
» *civiles* . . . . . » 49
» *ficticiae* . . . . . » 50
» *honorariae* . . . . . » 49
» *in bonum et aequum conceptae* . » 57
» *incertae* . . . . . » 56
» *in factum* . . . . . » 35; 50
» *in ius conceptae* . . . . . » 51
» *in personam* . . . . . » 52
» *in rem* . . . . . » 52
» *in rem scriptae* . . . . . » 53 i. n.
» *mixtae* . . . . . » 52, n. 3; 55, n. 2
» *noxales* . . . . . » 56
» *poenales* . . . . . » 55
» *populares* . . . . . » 53
» *praeiudiciales* . . . . . » 53
» *privatae* . . . . . » 53
» *quae ad ultionem pertinent* . . » 56
» *rei persecutoriae* . . . . . » 55
» *stricti iuris* . . . . . » 56
» *utiles* . . . . . » 50
» *vindictam spirantes* . . . . . » 56
actor . . . . . » 12 i. n.
» (dei *collegia*) . . . . . » 129
addictus . . . . . » 88
adiudicatio . . . . . » 46
adiutores . . . . . » 176
adsertor libertatis . . . . . » 121
adsessores . . . . . » 149
advocati . . . . . » 130; 176

aestimatio litis . . . . . p. 27
Africa (giurisdizione in) . . . . . » 146
agere cum deductione . . . . . » 98, n. 1
» *ex lege Hostilia*. . . . . » 121
» *per formulam arbitrariam* . . . » 107
» *per sponsionem* . . . . . » 25
» *pro libertate* . . . . . » 121
» *pro populo*. . . . . » 121
» *pro tutela* . . . . . » 121
ἀγορανόμοι . . . . . » 167, n. 1
agrimensori. . . . . v. perizie
ἀγωγή . . . . . p. 113
alimenti (questioni di). . . . . » 140; 195
aliud pro alio . . . . . » 78
antestatio . . . . . » 10
apostoli . . . . . » 180
apparitores. . . . . » 176
appellatio . . . . . » 178
arbiter . . . . . » 66 i. n.
arbitria bonae fidei. . . . . » 57; 66 i. n.
arbitrium liti aestimandae . . . . . » 44, i. n.
argumenta . . . . . » 73
arresto (del debitore) . . . . . » 203
ἀρχιδικαστής . . . . . » 167 n. 1
Asia (giurisdizione in). . . . . » 146
auxilium (tribunizio) . . . . . » 64
beneficium competentiae . . . . . » 99
bonorum cessio . . . . . v. *cessio*
» *distractio* . . . . . v. *distractio*
» *venditio* . . . . . v. *venditio*
calligrafi. . . . . v. perizie
capacità processuale. . . . . p. 7 i. n.
capitis deminutio. . . . . » 134
captus ab hostibus . . . . . » 122, i. n.
causae coniectio . . . . . » 70
cautio amplius non peti . . . . . » 125, n. 1
» *de rato*. . . . . » 124; 158

cautio iudicatum solvi . . . . . p. 126, n. 1
» *iudicio sisti* . . . . . » 158
» *iuratoria* . . . . . » 158; 187
» *pro praede litis et vindiciarum* . » 23; 126 n. 1
» *ratam rem dom. habiturum* . . . » 124; 158
cautiones. . . . . » 167
cavalieri (loro partecipaz. ai giudizi). . » 68, n. 1
centumviri . . . . . » 69
certae res . . . . . » 23
cessio bonorum . . . . . » 98; 205
chirographa. . . . . » 167
circumscriptio minorum . . . . . » 84
cognitio extraordinaria . . . . . v. *extraordinaria*
cognitor . . . . . » 122
collegia (rappresentanza process.) . . . » 129
coloniae (rappresentanza processuale . . » 129
comes. . . . . » 149
commercium . . . . . » 7 i. n.
competenza (territoriale) . . . . . » 154, i. n.
compromissum. . . . . » 199
concepta verba. . . . . » 41, i. n.
condemnatio . . . . . » 43: 77
condicere . . . . . » 24
condictio. . . . . » 24
condictiones . . . . . » 52
condictus dies cum hoste . . . . . » 152, n. 1
confessio in iure. . . . . » 62; 87
conserere manus . . . . . v. *manus c.*
consilium (del *iudex*) . . . . . » 69
consoli (loro funzioni giud.). . . . . » 140
constituta pecunia . . . . . » 82
consultatio . . . . . » 174
contestatio litis (nel proc. classico) . . » 40
contestatio litis (nell'*extraord. cognitio*). » 159
contestatio litis repetita die . . . . . » 133
contrarium iudicium . . . . . » 83
controversia mota . . . . . » 161, i. n.

contumacia (dell'attore) . . . . . p. 104; 191
contumacia (del convenuto) . . . . . » 102; 187
contumax . . . . . » 103
conventus. . . . . » 16
credita pecunia . . . . . » 81
curator ad litem . . . . . » 128, i. n.
curator bonorum . . . . . » 94; 205
damnum (giudizi sul) . . . . . » 69 i. n,
damnum infectum . . . . . » 29
dare actionem . . . . . » 35; 38
decemviri litibus iudicandis . . . . . » 69
deductio moribus . . . . . » 26 i. n.
decreta . . . . . » 105
decretum divi Marci . . . . . » 210
defensor. . . . . » 124
defensor civitatis. . . . . » 147
demonstratio . . . . . » 44; 51
demonstratio falsa . . . . . » 78
denegare actionem . . . . . » 35; 38
denegatio actionis . . . . . » 36
denuntiatio litis . . . . . » 151
denuntiationes (al contumace) . . . . . » 103; 188, n. 2
dicarum scriptio . . . . . » 152, n. 2
» *sortitio* . . . . . » 153 i. n.
dies comitiales . . . . . » 15
» *comperendinata* . . . . . » 22, n. 2
» *fasti* . . . . . » 14
distractio bonorum . . . . . » 99; 205
do dico addico . . . . . » 33
domande riconvenzionali . . . . . » 144
donne (loro capacità processuale) . . . . » 8 i. n.
ductio iussu praetoris . . . . . » 102, n. 1
duoviri iuri dicundo . . . . . » 16; 147
duplum (per *infitiatio*). . . . . » 81
dux . . . . . » 149
ecclesiastici (giurisdizione sugli) . . . . » 147
edictum peremptorium . . . . . » 103; 189 i. n.

editio actionis . . . . . p. 30; 59
eductio . . . . . » 116
episcopalis audientia . . . . . » 147; 193
eremodicium . . . . . » 103
esecuzione (*manu militari*) . . . . . » 204
esecuzione (patrimoniale). . . . . » 91
esecuzione (personale) . . . . . » 87
exceptio (nel processo classico) . . . . » 31; 46
exceptio (nella *extraord. cognitio*). . . » 162
exceptio ex compromisso . . . . . » 200
» *rei in iudic. ded.* . . . . . » 42; 160
» *rei iudicatae* . . . . . » 42; 79; 160
exceptiones civiles . . . . . » 47
» *dilatoriae* . . . . . » 47
» *perentoriae* . . . . . » 47
» *praeiudiciales* . . . . . » 37, n. 1
» *praetoriae* . . . . . » 47
exceptores . . . . . » 176
executor . . . . . » 153, n. 2
expensilatio . . . . . » 23, n. 3; 60
extraordinaria cognitio (genesi) . . . » 139
extraordinaria cognitio (processo per) . » 151
facultas deferendi (iurisiur.) . . . . » 61, n. 5
facultas referendi » . . . . » »
famiglia (questioni di). . . . . » 140
fedecommessi (questioni di) . . . . . » 140
feriae . . . . . » 150
festuca . . . . . » 20, n. 1
figli (del debitore: sequestro) . . . . » 213
figli-familia (capacità processuale) . . » 7, n. 1
formula . . . . . » 28; 42
formula arbitraria . . . . . » 107
» *petitoria*. . . . . » 29
formulae iuris (nel processo tardo) . . » 142
foro competente . . . . . v. competenza
funerali (del debitore). . . . . » 210
furtum (condanna per). . . . . » 84

furtum (giudizi sul) . . . . . p. 69 i. n.
gesta . . . . . » 166
giudice (nomina del) . . . . . » 38 ; 67
giuramento (dei *testes*) . . . . . » 166
giuramento (delle parti) . . . . . v. *iusiurandum*
giuramento decisorio . . . . . » 169
» suppletorio . . . . . » »
giustizia (finalità dei giudizi) . . . . » 143
imperialia iudicia . . . . . » 67
impuberi (capacità processuale). . . . » 8 i. n.
indefensus . . . . . » 101 ; 117
individualità (del giudice) . . . . . » 145
infamia . . . . . » 83
infitiari . . . . . » 81, n. 1 ; 175, n. 2
infitiatio iudicii . . . . . » 84
in iudicio (processo) . . . . . » 1 ; 65
in iure (processo) . . . . . » 1 ; 7
iniuria (condanna per). . . . . » 84
iniuria (giudizi sull') . . . . . » 69, i. n.
in ius vocatio . . . . . » 8
instrumenta . . . . . » 71
intentio . . . . . » 43
intercessio . . . . . » 64
interdicta . . . . . » 105
interdicta (nel diritto giustinaneo) . . » 112
interdicta adipsc. possessionis . . . . » 111
» *annalia* . . . . . » 108
» *duplicia* . . . . . » 108
» *exhibitoria* . . . . . » 107
» *in praesens relata*. . . . . » 108
» *in praeteritum relata* . . . » 108
» *iuris sui tuendi causa* . . . » 109
» *officii tuendi causa* . . . . » 108
» *perpetua* . . . . . » 108
» *prohibitoria*. . . . . » 107
» *quae possessionis causam cont.* » 111
» *recuperandae poss.* . . . . » 111

interdicta restitutoria . . . . . p. 107
» *retinendae poss.* . . . . . » 111
» *simplicia.* . . . . . » 108
interdictum de aqua cott. et aest . . . » 110
» *de aqua castellaria* . . . » 110, n. 3
» *de cloacis.* . . . . . » 110
» *de fonte* . . . . . » 110
» *de homine libero exhib.* . . » 108
» *de itinere actuque privato* . » 110
» *de liberis exhibendis* . . . » 109
» *de liberto exhibendo* . . . » 109
» *de loco publico fruendo* . . » 108
» *de mortuo inferendo* . . . » 111
» *de ripa munienda.* . . . . » 109
» *de rivis* . . . . . » 110
» *de via publica et itinere pub. ref.* . . . . . » 109
» *de via publica et si quid* ecc. » 108
» *fraudatorium* . . . . . » 94, n. 2
» *ne quid in flumine publico fiat* » 109
» *ne quid in loco publico fiat.* » 108
» *ne quid in loco sacro fiat.* » 108
» *possessorium.* . . . . . « 97
» *quam hereditatem* . . . . » 102
» *quem fundum* . . . . . » 102
» *quem usumfructum* . . . » 102
» *quod vi aut clam* . . . . » 214
» *quorum bonorum* . . . . » 97
» *ut in flumine publico navigare liceat* . . . . . » 109
» *uti possidetis* . . . . . » 111
interrogationes in iure. . . . . . » 59; 195
interrogationes (d'ufficio del mag.) . . » 144; 169
iudicatus . . . . . » 88
iudices pedanei . . . . . » 142, n. 1; 149
iudicia bonae fideī . . . . . v. *arbitria*
iudicia imperio contin. . . . . . » 67; 75

iudicia legitima . . . . . p. 67; 75
iudicium. . . . . » 65
iudicium (in senso di *formula*). . . . . » 38
iudicium calumniae. . . . . » 82
» *Cascellianum*. . . . . » 112
» *restitutorium*. . . . . » 118
» *secutorium*. . . . . v. *Cascellianum*
iuridicus Alexandriae . . . . . » 147
iurisdictio . . . . . » 17
ius dicere . . . . . » 38
ius iurandum calumniae . . . . . » 82
» » *de calumnia* . . . . . » 161
» » *in iure* . . . . . » 61
» » *in litem*. . . . . » 74
» » *necessarium* . . . . . » 24; 61
» » *voluntarium* . . . . . » 61; 72
Latini (capacità processuale). . . . . » 7, n. 1; 19, i. n.
latitans fraud. causa . . . . . » 93, n. 1; 188
legati pro praetore . . . . . » 16
lege agere . . . . . » 34, i. n.
leges Iuliae de vi. . . . . » 10, n. 2; 30, n. 1
» » *iudiciorum* . . . . . » 29
legis actio per cond. . . . . » 23
» » *per iud. arb. postul*. . . . . » 26
» » *per manus iniect*. . . . . » 87
» » *per pignoris capionem* . . . . » 91
» » *sacramento* . . . . . » 18; 27
legis actiones . . . . . » 17; 33
lex Acilia repet. . . . . » 19, i. n.; 123, n. 1
» *Aebutia*. . . . . » 28
» *Aurelia*. . . . . » 68, n. 1
» *Calpurnia de cond*. . . . . » 23
» *Calpurnia repet*. . . . . » 19, i. n.
» *Cincia* . . . . . » 130
» *Furia testamentaria* . . . . . » 90
» *Marcia* . . . . . » 89
» *Iulia de bon. ced* . . . . . » 98, n. 2

lex Iulia de vi (privata) . . . . . p. 84, n. 1; 209
» *Pinaria* . . . . . » 22
» *Silia* . . . . . » 23
« *Vallia*. . . . . » 90
lex properandum . . . . . » 184
libelli appellatorii . . . . . » 179
» *dimissorii*. . . . . » 180
» *refutatorii* . . . . . » 174
libellus contradictionis . . . . . » 157
» *conventionis* . . . . . » 153
» *principi oblatus*. . . . . » 198
libertà (questioni di). . . . . » 140
lis. . . . . » 11
lis contestata. . . . . » 161, i. n.
lis infitiando crescit in duplum. . . . » 81
litem suam facere. . . . . » 65, n. 1; 86
litis aestimatio . . . . . v. *aestimatio l.*
litisconsorzio necessario. . . . . » 37, i. n.
litis contestatio. . . . . v. *contestatio l.*
litiscrescenza. . . . . v. *infitiatio*
litis denuntiatio . . . . . v. *denuntiatio*
litispendenza (eccezione di) . . . . . » 160
litterae dimissoriae . . . . . » 180
magister . . . . . » 96
magister militum . . . . . » 148
manum depellere . . . . . « 90
manus conserere . . . . . » 20
manus iniectio pro iudicato . . . . . » 89
manus iniectio pura . . . . . » 90
militari (giurisdiz. sui). . . . . » 148
minori (capacità processuale). . . . . » 9 i. n.
minus petitio . . . . . » 78
missio in bona . . . . . » 117
missio in possessionem . . . . . » 93; 99; 102
missio in rem . . . . . » 117
morbus sonticus. . . . . » 11, n. 1
morte (di un litigante). . . . . » 133

municipia (loro rappr. process.). . . . . p. 129
mutatio iudicis. . . . . . » 135; 145
mutuum. . . . . . » 23
natura actionis . . . . . » 155 i. n.
negazione (in contrapp. ed eccezione). . » 162
nexum . . . . . » 89
non liquere . . . . . » 76
nullitas (della sentenza) . . . . . » 182
nuntiatio novi operis. . . . . . » 214
obstetrices . . . . . v. perizie
officium iudicis. . . . . . » 155 i. n.
officium praetoris . . . . . » 155 i. n.
omnia iudicia sunt absolutoria . . . . » 79
onorari (degli avvocati). . . . . » 131
opere liberali (questioni di) . . . . . » 141
oratores. . . . . . » 130
ordo iudic. privatorum . . . . . » 1
ὁρίζειν (riferito ad *actio*) . . . . . » 154 n. 1
ortolani. . . . . v. perizie
pactum de quota litis. . . . . . » 131
pactum ut minus solvatur . . . . . » 206
palmarium . . . . . » 131
παραγγελία . . . . . » 152
pecunia certa. . . . . . » 23
pecunia constituta. . . . . . » 82
perdere litem. . . . . . » 13 n. 2
peregrini (loro capacità processuale) . . » 7, n. 1
perendinatio . . . . . » 22
perenzione (del *iudicium*) . . . . . » 76; 183
perenzione (dell'appello). . . . . » 182
perizie . . . . . » 168
persecutio . . . . . » 141
persona suspecta . . . . . » 39
petitiones . . . . . » 52
petitor . . . . . » 12, i. n.
pignoris capio (questioni sulla) . . . . » 196
pignus in causa iudicati captum . . . » 100; 204

pluralità di parti . . . . . p. 11, n. 2
plus petitio (nel processo classico) . . . » 78
plus petitio (nella *extraord. cognitio*). . » 142
poena sponsionis . . . . . » 63, i. n.
poenae temere litigantium . . . . . » 80; 175
pontifices . . . . . » 65, n. 1
possessio ex Carbon. edicto . . . . . » 195
possesso (questioni sul). . . . . » 68
possessor . . . . . » 12 i. n.
postulare . . . . . » 9 i. n.
postulatio . . . . . » 91, n. 1; 100
postulatio actionis . . . . . » 31
praedes litis et vindiciarum . . . . . » 22
praefecti iuri dicundo . . . . . » 15
praefecturae . . . . . » 15
praefectus Aegypti. . . . . » 147
» *annonae* . . . . . » 140
» *praetorio* . . . . . » 146
» *urbi* . . . . . » 140; 146
» *vigilum*. . . . . » 140
praeiudicia . . . . . » 36, n. 3; 37, n. 1; 45
praescriptio (nella formula) . . . . . » 47
praescriptio fori . . . . . » 37
praesides . . . . . » 146
praesumptiones . . . . . » 169
praetor de liberalibus causis . . . . . » 140
» *fideicommissarius* . . . . . » 140
» *peregrinus*. . . . . » 16
» *tutelaris* . . . . . » 140
» *urbanus*. . . . . » 15
prescrizione (delle azioni) . . . . . » 185
processi abbreviati. . . . . » 193
» *per rescriptum* . . . . . » 198
» sommari . . . . . » 194
proconsules . . . . . » 146
procurator. . . . . » 124
procurator apud acta factus . . . . . » 126

procurator praesentis. . . . . p. 126
pronuntiatio . . . . . » 44 i. n.; 77
prove (nel processo classico) . . . . . » 71
prove (nella *extraord. cognitio*) . . . . » 163
provinciae. . . . . » 16; 146
pubblicità (nei giudizi) . . . . . » 15; 149
pupillo (sua rappresentanza processuale). » 127, n. 2
rapina (condanna per) . . . . . » 84
rappresaglie . . . . . » 213
rappresentanza processuale. . . . . » 121
rationales rerum privatarum . . . . . » 149
» *summarum* . . . . . » »
recitatio . . . . . » 171
rectores. . . . . » 146
recuperatores. . . . . » 67
redemptio litis . . . . . » 131
relatio . . . . . » 174
repetitio diei. . . . . » 133
replicatio . . . . . » 32; 49
repromissiones . . . . . » 116
rescriptum (processi per) . . . . . v. processi
res iudicata . . . . . » 79; 183
restipulatio dimidiae partis . . . . . » 82
restitutio in integrum . . . . . » 85; 118; 133
restitutio litis . . . . . » 135
reus . . . . . » 11, n. 3
revocatio in duplum . . . . . » 84
rivendicazione (prova nella) . . . . . » 163
sacramentum iniustum . . . . . » 18
» *iustum*. . . . . » 22
satisdatio iudic. solvi . . . . . » 39; 125; 159
satisdationes. . . . . » 115
scribae . . . . . » 149
scriptura quasi publice confecta. . . . » 167
scritti (prove) . . . . . » 165
Senatoconsulto Volusiano . . . . . » 84, n. 1
senatori (loro partecipaz. ai giudizi) . . » 68, n. 1

sententia . . . . . p. 76; 172
sententia in eremodicio . . . . . » 103
servi (loro capacità processuale). . . . » 9 i. n.
simplum (nelle azioni *ex infit.*). . . . » 81 n. 1
spese processuali . . . . . » 176
sponsio . . . . . » 25
sponsio (nel processo interdittale) . . . » 106
sponsio dimidiae partis. . . . . » 82
» *tertiae partis* . . . . . » 82
stipulatio . . . . . » 23, n. 3; 60
stipulationes cautionales. . . . . » 115
» *communes*. . . . . » »
» *iudiciales*. . . . . » »
» *praetoriae*. . . . . » »
stranieri . . . . . v. *peregrini*
subscriptio (della formula) . . . . . » 40
subvades . . . . . » 12
suis legibus uti (*ius*). . . . . » 17
summatim cognoscere . . . . . » 194
superstites. . . . . » 21
syndicus . . . . . » 129
tabelliones. . . . . » 166
temeritas (dei litiganti) . . . . . » 80; 177
testamenti (questioni sui) . . . . . » 195
testes (nella *contestatio*). . . . . » 41
testes (prova per t. nel proc. class.) . . » 71
» (prova per t. nell'*extr. cogn.*) . . » 169
testimonia. . . . . » 71
tortura (dei testimoni) . . . . . » 166
translatio iudicii . . . . . » 133
trapasso di dominio (del servo pers. *noxal.*) » 134
tria verba. . . . . » 33
tribuni plebis . . . . . » 141
tutele (questioni di) . . . . . » 140
tutore (sua rappr. process.) . . . . . » 127
unus iudex . . . . . » 65
unus testis . . . . . » 166

vades . . . . . p. 12
vadimonium . . . . . » 12
vadimonium desertum . . . . . » 13, n. 2
» *iureiurando* . . . . . » 13
» *purum* . . . . . » 13
» *recuperatoribus suppositis* . » 13
» *satisdatione* . . . . . » »
venditio bonorum . . . . . » 96
Vescovi (funzioni giudiziarie) . . . . » 147
viatores. . . . . » 176
vicarius. . . . . » 146
vicarius in urbe . . . . . » 146
vindex . . . . . » 9; 88
vindicatio . . . . . » 20, n. 1
vindicationes. . . . . » 52
vindiciae . . . . . » 21

LIBR
AUG
10
1983
OF

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY